

**ANUARIO DE FILOSOFÍA
DEL DERECHO**

CONSEJO DE REDACCIÓN: **Secretariado** (Departamento de Filosofía del Derecho Moral y Política); Facultat de Dret, Edifici Departamental Occidental, Campus dels Tarongers, 46071 VALENCIA. Tels.: 96 382 81 29/30
Correo electrónico: Anuario.Fil.Derecho@uv.es

ADMINISTRACIÓN: **Ministerio de Justicia** (Centro de Publicaciones)
c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID. Tels.: 91 390 44 29/20 82

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

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XXIII
2006

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2007

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://www.o6o.es>

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

ISSN: 0518-0872
NIPO (BOE): 007-07-047-9
NIPO (M.º de Justicia): 051-07-011-5
Depósito Legal: M-11151-1958

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

PRESENTACIÓN

El volumen XXIII (Nueva Época) del *Anuario de Filosofía del Derecho* correspondiente al año 2006, tiene un tema central en su apartado monográfico: traer a examen la vigencia del pensamiento milliano a propósito del bicentenario del nacimiento de John Stuart Mill.

Es difícil exagerar el interés de la obra de John Stuart Mill desde el punto de vista de la Filosofía Jurídica, Política y Moral, basta reparar en la actualidad de su doctrina sobre la libertad como elemento esencial de lo que debe ser la justicia en una comunidad política. La revisión del pensamiento de Bentham y Austin, por parte de Mill, y el decisivo papel que ambos tuvieron en su trayectoria, su formación intelectual y su toma de posición sobre la justicia y el Derecho, ha dado lugar a una de sus principales aportaciones. De esta trayectoria dan cuenta las contribuciones de Isabel Turégano y de Ángeles Solanes. Por su parte, el artículo de María Luisa Cicalese sitúa a Mill en diálogo con Tocqueville y frente a Bentham.

La construcción de una teoría de la justicia inseparable de la revisión de los postulados utilitaristas, su capacidad para interrogarse por los problemas de su tiempo y su programa como reformador social inciden directamente en cuestiones como la defensa de la dignidad básica entre hombres y mujeres, que le llevará a sostener un derecho universal al sufragio, que es abordado por Laura Miraut en su texto; a la llamada de atención sobre un fenómeno silenciado e invisible en su época: *La sujeción de la mujer*, objeto del artículo por Juana María Gil, o sus transformadoras aportaciones sobre la libertad de expresión, a las que hace referencia la contribución de Marta Bisbal. Finalmente, encontraremos una valoración general de las principales aportaciones millianas, en el trabajo de Esperanza Guisán, donde podemos leer que el mejor legado de Mill ha sido poner en juego «su pasión moral para emancipar a todos los seres humanos de las servidumbres a las que habían sido sometidos...».

El apartado del volumen que titulamos como «Estudios» contiene artículos que no siempre resulta sencillo clasificar como perteneciente a uno de los ámbitos de atención de nuestra área de conocimiento, dado que los criterios de atribución no son homogéneos ni, desde luego, excluyentes y ello nos ha llevado a no dividir esta sección en distintas subsecciones. Con todo son artículos de Teoría del Derecho los aportados por Guillermo Lariget y J. Alberto del Real. Incluiríamos entre los trabajos Filosofía Jurídica y Política los de J. Joaquín Fernández y R. Rodríguez, Jesús García, Manuel Escamilla, M.^a José González, Ramón Campederrich y Javier Ansuátegui. Finalmente, las contribuciones de Guillermo Vicente, Javier García, Luis M. Cruz y Sergio Pérez se situarían en el ámbito de la historia del pensamiento jurídico y político.

La sección de crítica bibliográfica ofrece una serie de reseñas sobre publicaciones que son expresión de la pluralidad de intereses de los lectores. Como viene siendo práctica habitual de nuestra revista, hemos incluido el mayor número posible de reseñas tratando de que esta sección sea un referente de la producción literaria de nuestra área de conocimiento. Animamos, por ello, a continuar contribuyendo en esta importante tarea divulgativa.

Finalmente, la sección necrológicas pretende ser un homenaje a profesores que han dejado tras ellos una importante herencia intelectual, testimonial y académica. El recuerdo al profesor Miguel Reale, nos lo ha brindado el profesor Mario G. Losano, al que desde aquí agradecemos su contribución.

Entre los pocos itinerarios claros que parecen entrecruzarse en la Universidad española y que no ha quedado albur de cambios de criterio, se encuentra el impulso a las publicaciones en revistas, como vehículo óptimo para el intercambio de conocimientos, nuevas aportaciones y articulación de debates. Tanto el Consejo Asesor del Anuario como la Junta de la Sociedad queremos contribuir a hacer del Anuario una publicación de referencia a la que invitamos a participar a profesores e investigadores de Filosofía del Derecho, desde las exigencias de los criterios de calidad predicables de las revistas de prestigio.

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

Directora del *Anuario*

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN. MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Directora del <i>Anuario</i>)	5
I. MONOGRÁFICO: La filosofía jurídica y política en John Stuart Mill	
– BISBAL TORRES, MARTA (Universitat de Lleida): <i>La libertad de expresión en la filosofía de John Stuart Mill</i>	13
– CICALESE, MARÍA LUISA (Universidad de Milán): <i>Centralisation y Liberty. Reflexiones de John Stuart Mill</i>	37
– GIL RUIZ, JUANA MARÍA (Universidad de Granada): <i>John Stuart Mill y la Violencia de Género: las trampas de la educación diferencial</i>	61
– GUISÁN, ESPERANZA (Universidad de Santiago de Compostela): <i>John Stuart Mill y el socialismo del futuro</i>	85
– MIRAUT MARTÍN, LAURA (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria): <i>Los derechos de la mujer en el feminismo moderado de John Stuart Mill</i>	101
– SOLANES CORELLA, ÁNGELES (Universitat de València): <i>El camino de la ética a la política: la sanción en Jeremy Bentham y John Stuart Mill</i>	131
– TURÉGANO MANSILLA, ISABEL (Universidad de Castilla-La Mancha): <i>John Stuart Mill y John Austin: una mirada comparativa</i>	157
II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	
– ANSUÁTEGUI ROIG, FRANCISCO JAVIER (Universidad Carlos III de Madrid): <i>La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias</i>	187
– CAMPDERRICH BRAVO, RAMÓN (Universidad de Barcelona): <i>Soberanía y orden internacional en la filosofía política</i>	

	Pág.
<i>ca y jurídica de Hans Kelsen y Carl Schmitt: aportaciones a un debate reciente</i>	205
– CRUZ, LUIS M. (Universidade da Coruña): <i>La constitución social de la propiedad: Bentham frente a Locke</i>	219
– DEL REAL ALCALÁ, J. ALBERTO (Universidad de Jaén): <i>La indeterminación de la «estructura del deber» de los jueces en el Estado de Derecho</i>	241
– ESCAMILLA CASTILLO, MANUEL (Universidad de Granada): <i>Demos y democracia</i>	267
– FERNÁNDEZ ALLES, J. JOAQUÍN (Universidad de Cádiz) y RODRÍGUEZ PRIETO, RAFAEL (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla): <i>El policentralismo: del Estado policentralista a los pactos locales y las iniciativas ciudadanas</i>	289
– GARCÍA CÍVICO, JESÚS (Universitat Jaume I de Castellón): <i>La difusa discriminación por el mérito: genealogía y desarrollo</i>	309
– GARCÍA MEDINA, JAVIER (Universidad de Valladolid): <i>La teoría de la justicia de Miguel Reale</i>	337
– GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. ^a JOSÉ (Universidad de Zaragoza): <i>La ciudad en clave de riesgo. El derecho a la seguridad o la obsesión por ella</i>	365
– LARIGUET, GUILLERMO (Universidad de Córdoba. Argentina): <i>Autonomía de ramas jurídicas y aplicación de normas</i>	383
– PÉREZ GONZÁLEZ, SERGIO (Universidad de La Rioja): <i>Renato Treves: fundamentos e itinerario de una sociología jurídica</i>	405
– VICENTE Y GUERRERO, GUILLERMO (Universidad de Zaragoza): <i>Sobre la génesis de las ideas iusfilosóficas en España. Braulio Foz y «El verdadero Derecho natural»</i>	431

III. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

– ARANGO, RODOLFO, <i>El concepto de derechos sociales fundamentales</i> , Legis, Bogotá, 2005 (Miguel Ángel Pacheco Rodríguez. Universidad de Castilla-La Mancha)	455
– BÄCKER, CARSTEN Y BAUFELD, STEFAN (eds.), <i>Objektivität und Flexibilität im Recht. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2004 in Kiel und im April 2005 in Hagen, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie</i> , Cuaderno núm. 103, 2005, 212 pp. (Alfonso García Figueroa. Universidad de Castilla-La Mancha)	465
– BLÁZQUEZ-RUIZ, FRANCISCO JAVIER, <i>Igualdad, libertad, dignidad</i> , Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2005 (Jesús García Cívico. Universitat Jaume I de Castellón).	472

	Pág.
– GROTHE, EWALD, <i>Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichts-schreibung 1900-1970, Ordnungssysteme. Studien zur Ideengeschichte der Neuzeit</i> , Vol. 16, 2005, 486 pp. (Emilio Mikunda Franco. Universidad de Sevilla)	475
– HAAR, INGO / FAHLBUSCH, MICHAEL, <i>German Scholars and Ethnic Cleansing (1919-1945)</i> , Foreword by Georg G. IGGERS, Edit. Berghahn Books, New York-Oxford, 2005, 298 pp. (Emilio Mikunda Franco. Universidad de Sevilla).	482
– LACEY, NICOLA, <i>A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream</i> , Oxford University Press, Oxford, 2004. 422 pp. (Santiago Legarre. Universidad Austral. Buenos Aires)	490
– LEGARRE, SANTIAGO, <i>Poder de policía y moralidad pública. Fundamentos y aplicaciones</i> , Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, 297 pp. (Cristóbal Orrego. Universidad de Los Andes. Chile)	493
– MACKLEM, T., <i>Beyond Comparison. Sex and Discrimination</i> , Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 212 pp. (Cristina Monereo Atienza. Universidad de Málaga)	499
– OLLERO TASSARA, ANDRÉS, <i>Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista</i> , Eunsa, Pamplona, 2005, 226 pp. (Aurelio de Prada García. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid)	501
– PICONTO NOVALES, TERESA, <i>Hermenéutica, argumentación y justicia en Paul Ricoeur</i> , Dykinson, Madrid, 2005, 355 pp. (José Antonio López García. Universidad de Jaén).	507
– SORIANO, RAMÓN, <i>Interculturalismo, entre liberalismo y comunitarismo</i> , Editorial Almuzara, Colección Cuadernos de Autor, Andalucía, 2004. (Pavel H. Valer-Bellota)	512

IV. NECROLÓGICAS

– Recuerdo de Miguel Reale (Mario Losano. Universidad del Piamonte Oriental)	521
--	-----

I

**MONOGRÁFICO:
LA FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA
EN JOHN STUART MILL**

La libertad de expresión en la filosofía de John Stuart Mill

Por MARTA BISBAL TORRES
Universitat de Lleida

«Tener algo por cierto,
mientras exista un solo ser que lo negaría si pudiera,
pero a quien se le impide hacerlo,
es afirmar que nosotros y los que piensan como nosotros somos los jueces de la verdad,
pero jueces que resuelven la cuestión sin escuchar a una de las partes.»

(John Stuart Mill, *On Liberty*, 1859)

RESUMEN

La mayor defensa de la libertad de pensamiento y discusión de John Stuart Mill se encuentra en el capítulo segundo de su obra On Liberty. Para entender este ensayo de forma completa, es necesario relacionarlo con su teoría moral y política, esto es, con la doctrina utilitarista que hereda de su padre, James Mill, y de Jeremy Bentham y que reinterpreta según su propia visión filosófica. Esta aproximación lleva a analizar el principio de mayor felicidad y el principio de libertad, los cuales pueden entrar en conflicto. La libertad de expresión forma parte del interés vital a la autonomía protegido por el principio de libertad. Mill construye una teoría de la falibilidad en base a tres premisas, mediante las cuales demuestra que el fundamento último del intercambio libre de opiniones es la búsqueda de la verdad.

Palabras clave: *John Stuart Mill, utilitarismo, liberalismo, libertad de expresión, búsqueda de la verdad.*

ABSTRACT

The greatest John Stuart's Mill defence of freedom of speech is included in the second chapter of his work On Liberty. In order to understand this essay

properly, it needs to be related to his moral and political philosophy. Mill inherited utilitarianism from his father, James Mill, and Jeremy Bentham, but he reinterpreted it according to his own point of view. This approach leads to the analysis of both the principle of utility and the principle of liberty, which could be in dispute. Freedom of speech is part of autonomy that is an essential value protected by the principle of liberty. Mill enounces a theory of fallibility through three premises. All of them make it possible to show that the research of truth is the last foundation of a free exchange of opinions.

Key words: John Stuart Mill, utilitarianism, liberalism, freedom of speech, research of truth.

SUMARIO: 1. FILOSOFÍA MORAL Y POLÍTICA FUNDADA EN EL UTILITARISMO. 1.1 *El principio de utilidad o mayor felicidad.* 1.2 *El principio de libertad.* 1.3 *Autonomía y capacidad de elección.*—2. LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DISCUSIÓN COMO MEDIO DE APROXIMACIÓN A LA VERDAD. 2.1 *Tradicón liberal sobre libertad de expresión.* 2.2 *Libre intercambio de opiniones y teoría de la falibilidad.* 2.3 *Conclusiones: de la coerción moral a la libertad.*

1. FILOSOFÍA MORAL Y POLÍTICA FUNDADA EN EL UTILITARISMO

El ensayo *On Liberty* es el estudio más completo de la libertad realizado por John Stuart Mill, el cual incluye su destacado análisis sobre libertad de expresión. Sin embargo, el interés que Mill siente por la libertad está relacionado con su teoría moral y política. De ahí que para entender su tesis sobre la libertad, sea necesario analizar también los conceptos de felicidad y autonomía del ser humano (Ryan 1964: 253-260; Ryan 1965: 620-622; Ryan 1987; Rees 1985; Rees 1960: 113-129; Berger 1984; Brown 1972: 133-158; Lyons 1979: 1-19; Lyons 1994; Schneewind: 1968; Ten 1980; AAVV 1998).

1.1 El principio de utilidad o mayor felicidad

En la filosofía de Mill, la moralidad requiere la existencia de un primer principio de conducta: el llamado principio de utilidad o de mayor felicidad. La utilidad constituye una especie de prueba de las acciones y a su vez un criterio esencial que permite aproximarse a todos los aspectos de la vida práctica.

La explicación más detallada de este principio se encuentra en el ensayo de Mill titulado *Utilitarianism*. En el segundo capítulo, se define así la doctrina del utilitarismo: «el credo que acepta como fundamento de la moral la Utilidad, o el Principio de la mayor Felicidad, mantiene que las acciones son correctas (*right*) en la medida en que

tienden a promover la felicidad, incorrectas (*wrong*) en cuanto tienden a producir lo contrario a la felicidad. Por felicidad se entiende el placer y la ausencia de dolor; por infelicidad el dolor y la falta de placer» (Mill 1994: 45-46).

Tradicionalmente se aceptó una teoría según la cual Mill seguía la doctrina de Jeremy Bentham. Los seres humanos sólo están motivados para actuar por deseos de placer. Por tanto, las acciones se llevan a cabo con la perspectiva de obtener ese resultado. La conducta del ser humano está gobernada tanto por el propio interés y las pasiones, como por las simpatías o antipatías hacia otras personas. La felicidad se concibe como una suma de placeres y se obtiene cuando éstos predominan sobre el dolor (Bentham 1988: 2-4; Bentham 1981: 28; Mill, J. 1995: 162-164).

Pero ha surgido otra perspectiva que revisa la doctrina de Mill y la reinterpreta. De hecho, en una primera etapa, Mill aplica el pensamiento de Bentham, pero después lo cuestiona y lo reformula, para acabar adaptando el utilitarismo a sus propias ideas (García Añón 1997: 55-61). Dentro de esta reinterpretación, Fred R. Berger destaca que la tesis de Mill no implica que la simple acumulación de placeres hará feliz una persona. La felicidad está hecha de placeres, esto sí, pero su composición no es indiscriminada; hay ciertos elementos particulares que son requisito de la misma (Berger 1984: 38-45).

A diferencia de Bentham, Mill sostiene que existen diferencias cualitativas entre los placeres, por tanto, algunos tienen más valor que otros. En *Utilitarianism*, Mill ofrece un test de superioridad de placeres. Éste consiste en consultar a quienes han experimentado placeres rivales y tienen capacidad de valorarlos. Si tales personas prefieren unos placeres sobre otros, entonces de ellos se deriva una mayor calidad (Mill 1994: 48-49 y 54; West 2004: 48-73). Para Bentham, en cambio, la felicidad es una suma de placeres y las diferencias sólo son cuantitativas (Bentham 1988: 29-32; Abellán 1995: 347).

El criterio último del valor de todas las acciones viene fijado por el ejercicio de las llamadas «facultades elevadas» del individuo, es decir, de las capacidades intelectuales. Los placeres superiores están involucrados en la satisfacción de estas «facultades elevadas». Mill atribuye a algunos componentes de la felicidad más valor que a otros porque son indispensables para la felicidad de un ser racional (García Añón 1997: 65-69 y 90-94).

Los placeres superiores están integrados por una serie de intereses vitales que se pueden concretar o resumir en dos valores básicos:

1. Por un lado, la felicidad requiere que el individuo tenga autonomía e independencia, que se autodetermine y posea libertad, lo cual es a su vez necesario para la dignidad humana. El individuo debe desarrollar su personalidad a partir de sus propias elecciones.

2. Por otro lado, la seguridad es igualmente esencial para la felicidad, ya que los derechos son mecanismos que nos vienen garantizados por la primera. Mill mantenía que las reglas de justicia estaban conectadas con un cierto sentido de seguridad: los demás van a respetar nuestros derechos.

1.2 El principio de libertad

El principio de libertad de Mill indica que el individuo tiene libertad de acción sobre todo aquello que no afecte a los demás. La única razón legítima por la que una comunidad puede imponer límites a cualquiera de sus integrantes es la de impedir que se perjudique a otros miembros. En lo que no importa a nadie más que a uno mismo, la libertad de acción es absoluta. Mill declara que «sobre sí mismo, sobre su cuerpo y sobre su espíritu, el individuo es soberano» (Mill 1991: 49).

Para completar esta idea, en el mismo primer capítulo de *On Liberty*, Mill mantiene que: «de la conducta de un individuo sólo una parte es justiciable por la sociedad, la que se refiere a los demás». Así parece que Mill distingue entre: acciones que sólo interesan y afectan a quien las realiza, y acciones que interesan y afectan a los demás (Mill 1991: 49 y 127).

La distinción entre estas dos categorías de acciones ha sido objeto de la siguiente crítica: el principio de libertad de Mill se vincula a la existencia de acciones que están exentas de consecuencias sociales, algo que puede ser difícil sostener. En este sentido, James Fitzjames Stephen mantiene que no hay actos que afecten de forma exclusiva a uno mismo.

Este autor explica su postura con una comparación: «es como intentar distinguir entre actos que suceden en el tiempo y actos que suceden en el espacio. Cada acto ocurre en un tiempo y en algún lugar y, de la misma forma, cada acto que realizamos afecta o puede afectar tanto a uno mismo como a los demás. Creo, por tanto, que la distinción es errónea e infundada» (Stephen 1967: 28).

Por el contrario, John C. Rees alega que Mill, cuando habla de los actos que «afectan a los demás», en realidad se refiere a los actos que son perjudiciales para los «intereses de los demás». Entonces, su teoría estaría basada en los intereses y no en los efectos (Ten 1999: 71-87; Rees 1985: 140-149).

De hecho, en los capítulos IV y V de *On Liberty* pueden encontrarse referencias que avalan esta postura. Por ejemplo, Mill dice que la sociedad puede juzgar a una persona cuando su conducta es perjudicial a los intereses de otra o cuando se vulneran obligaciones concretas hacia el público; pero nadie tiene porqué dar cuenta de las acciones que no afectan al bienestar e intereses de los demás (Mill 1991: 110-115 y 127).

Por tanto, Mill admite la restricción de la libertad si una acción daña los intereses de otra persona. Estos intereses deberían ser considerados como derechos, ya estén incluidos en una norma jurídica o haya un acuerdo social tácito sobre su protección.

En la línea de Rees, John Gray también defiende que este «daño a otros» sería mejor llamarlo «perjuicio a los intereses vitales de otros» (Gray 1983: 57). Como se ha mencionado, dentro de estos intereses vitales se incluyen la autonomía y la seguridad. En *Utilitarianism* Mill resalta el interés de la seguridad (Mill 1994: 116-119; Robson 1968: 8-20), mientras que *On Liberty* gira alrededor de la autonomía. La felicidad en su máxima expresión presupone un orden social en el que estos intereses vitales estén realmente protegidos.

1.3 Autonomía y capacidad de elección

Dado que este estudio se centra en *On Liberty* y la aportación de Mill sobre libertad de discusión, pasamos a desarrollar uno de los dos intereses vitales enunciados: la autonomía. Pues, como veremos, la libertad de pensamiento y de expresión definen a la persona como ser autónomo.

El tema principal de *On Liberty* es la importancia del individuo como ser dotado de autonomía, y así lo indica Mill en su propia *Autobiography*. En ella Mill describe *On Liberty* como: «un filosófico libro de texto en el que se expone una sola verdad»; «la importancia que, para el hombre y para la sociedad, posee el hecho de que exista una gran variedad de tipos de carácter, y la importancia de dar completa libertad para que la naturaleza humana se expanda en innumerables, opuestas direcciones»; «la doctrina de los derechos del individuo y la reclamación de que la naturaleza moral debe desarrollarse libremente por sí misma» (Mill 1986: 239-243; Berger 1984: 229-230).

El ensayo *On Liberty* tiene como objetivo proporcionar una regla de conducta a la sociedad para proteger el interés vital a la autonomía de sus miembros. De esta lectura se desprende que las personas tienen un derecho a la individualidad. En esta obra Mill entiende que la libertad implica tanto la ausencia de obligaciones legales, como la ausencia de coerción del Estado ante el incumplimiento de las mismas.

La autonomía es la que permite desarrollar las capacidades involucradas en las elecciones críticas e imaginativas. Las libertades clásicas que Mill enuncia en la introducción de *On Liberty* son indispensables para poder pensar y actuar de acuerdo con la propia voluntad. En la doctrina de Mill la libertad se convierte en un componente necesario para la felicidad. Estas libertades que dotan de contenido a la autonomía son (Mill 1991: 51):

- libertad de pensamiento: «libertad de pensar y sentir la libertad absoluta de opiniones y sentimientos sobre toda cuestión práctica, especulativa, científica, moral o teológica»;

- libertad de expresión: «libertad de expresar y publicar sus opiniones (...); como tiene casi tanta importancia como la misma libertad de pensar, y descansa en gran parte en idénticas razones, estas dos libertades son inseparables en la práctica»;
- libertad de gustos y de persecución de fines: «libertad de regular nuestra vida según nuestro carácter, de hacer nuestra voluntad, suceda lo que quiera, sin que nos lo impidan nuestros semejantes, mientras no les perjudiquemos, y aun cuando conceptúen nuestra conducta como tonta o censurable»;
- libertad de asociación: «libertad de reunirse para un objeto cualquiera que no perjudique a otro, siempre bajo el supuesto de que las personas asociadas son mayores de edad y no son forzadas ni engañadas».

Mill destaca que es imprescindible que los gobiernos protejan estas libertades. Una sociedad sólo se puede entender como una auténtica sociedad de personas libres si cualquiera de estas libertades, comprendidas dentro de la categoría general de libertad de acción, son respetadas y garantizadas de forma absoluta.

Mill lamenta que en el mundo haya «una fuerte y creciente inclinación a extender de una manera excesiva el poder de la sociedad sobre el individuo, ya por la fuerza de la opinión, ya por medio del legislador», la cual invade la esfera de acción propia del ser humano. A esta tendencia a imponer a otros las opiniones y gustos personales Mill le llama: «mal social» de las democracias (Mill 1991: 52-53).

Para explicar este calificativo, Mill argumenta: «El pueblo que ejerce el poder no es siempre el pueblo sobre el que se ejerce (este poder)». Como la voluntad del pueblo significa la voluntad de la mayoría, «por consiguiente, puede el pueblo tener el deseo de oprimir a una parte del mismo y las precauciones son tan útiles en este caso como en cualquier otro en el que abuse el poder» (Mill 1991: 44).

Por eso Mill destaca la importancia de limitar el poder de los gobernantes, aunque éstos respondan al partido más fuerte o mayoritario de la comunidad. Pero es que también la sociedad, por sí misma y al margen de los gobernantes, se puede convertir en tirana respecto a los miembros que la componen. Así surge lo que se ha denominado «tiranía de la mayoría», concepto que Alexis de Tocqueville ya enunció en su obra *De la Démocratie en Amérique* (Tocqueville 1993: 232-246; Mill 1986: 188; Mill 1996f: 47-90; Mill 1996i: 153-204; Mill 1996m: 66-67).

En la línea de Tocqueville, Mill indicará que: «en la política especulativa se considera *la tiranía de la mayoría* como uno de los males contra los que debe ponerse en guardia la sociedad» (Mill 1991: 44). Mill advierte del peligro que surge cuando la voluntad popular se identifica con la porción más numerosa de una sociedad, sin tener en cuenta las minorías. «Hombre por hombre», dice, «la minoría deberá estar tan cabalmente representada como la mayoría» (Mill 1966: 122).

La preocupación de Mill radica en el control que la opinión pública puede ejercer sobre los individuos. Ésta tiene tendencia a imponer sus ideas, a impedir el desarrollo de personalidades distintas de las mayoritarias y, cuando éstas existen, a intentar moldearlas de acuerdo con sus intereses. Ante tal situación, Mill recomienda que el individuo proteja su independencia de posibles intromisiones ilegítimas de la opinión colectiva, la cual ejerce una fuerte presión a favor de la conformidad y homogeneidad, en detrimento de las tendencias particulares.

En el mismo sentido Mill añade: «En todas partes donde hay una clase dominante casi toda la moral pública deriva de los intereses de esta clase y de sus sentimientos de superioridad» (Mill 1991: 44 y 46; Mill 166: 120). Así, Mill concluye que las preferencias y aversiones de una parte poderosa de la sociedad son las que en realidad determinan las reglas que se imponen en general a los ciudadanos, ya sea a través de la ley o de la opinión pública.

La persona que no vive de forma autónoma permite que su comportamiento venga fijado por las tradiciones sociales (Mill 1991: 93 y 104-105), algunas de las cuales anulan las tendencias innatas y se mantienen con independencia de las necesidades de cada momento. Mill teme esa personalidad producida por las tradiciones y por las masas (Mill 1996g: 121 y 126). El problema es que la gente no puede llegar al pleno desarrollo de sus facultades o a la felicidad sin ejercitar aquéllo que responde a su individualidad.

Las referencias de Mill a la originalidad, así como su exaltación de la excentricidad, pretenden hacer ver que la diversidad de formas de vida es altamente positiva. Mill lamenta que pocas personas se atrevan a ser excéntricas, lo cual sería un reflejo de la mala salud de una sociedad (Mill 1991: 92 y 98-102).

Cualquier ser racional debe tender al desarrollo de todas sus facultades individuales. Para que esto sea posible se requiere libertad y variedad de situaciones. Mill afirma: «Todo lo que destruya la individualidad es despotismo, désele el nombre que quiera» (Mill 1991: 98). La libre elección es un componente necesario en toda actividad o forma de vida que sea expresión de esa individualidad.

En definitiva, la autonomía no es una facultad heredada o natural, sino más bien algo que debe ser alcanzado y que quizás no se alcanza nunca completamente. La mejor manera de promover el crecimiento de las capacidades de los seres humanos como agentes autónomos es la libertad.

Mill rechaza la postura que ve la mente como algo puramente receptivo de impresiones externas. La noción de felicidad pierde todo sentido como término abstracto si no se aplica esfuerzo para lograrla. Mill niega que cualquiera pueda llegar a la felicidad a menos que tenga su propia concepción de la misma. La diversidad de concepciones de felicidad legítimas se fundamenta en la pluralidad de naturalezas individuales.

El argumento principal de *On Liberty* es que la libertad social – entendida como ausencia de injerencias del Estado y de presiones de la opinión pública– es un bien imprescindible. La promoción de la diversidad de estilos de vida y formas de pensar, los cuales responden a las diferentes personalidades, permite el desarrollo del individuo como ser autónomo.

2. LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DISCUSIÓN COMO MEDIO DE APROXIMACIÓN A LA VERDAD

La preocupación de Mill por la libertad de expresión varía a lo largo de las distintas etapas de su vida (García Añón 1997: 12-13, 30-31 y 43). Los primeros artículos que Mill escribió en defensa de la libre discusión fueron alegatos en contra de la persecución religiosa. El proceso contra Richard Carlile, su esposa e hija, por unas publicaciones hostiles al cristianismo, dieron lugar a que en febrero de 1823 Mill escribiera cinco cartas sobre la libertad de publicar cualquier opinión en materia de religión (Mill 1986: 103).

En una etapa de juventud, también publicó: *Place's on the Law of Libel*, *Periodical Literature: Edinburgh Review* y *Law of Libel and Liberty of the Press* (Mill 1996c: 91-94; Mill 1996b: 291-325; Mill 1996d: 3-34). Estos artículos no tienen un gran interés teórico, ya que Mill se sirve de los argumentos del radicalismo, si bien son importantes por la denuncia que incluyen. Mill critica la ley inglesa, que restringe la libertad de prensa, y la discrecionalidad judicial en la aplicación de la ley de libelo. En este período, las reivindicaciones del radicalismo político se asociaban con la literatura blasfema y se recurría a las leyes de libelo para silenciar las críticas al poder establecido.

Estas leyes ya habían sido denunciadas por su padre, James Mill, en *Liberty of the Press* (Mill, J. 1986: 1-34; Mill, J. S. 1986: 65-66), y por Bentham, en *On the Liberty of the Press and Public Discussion* (Bentham: 1821). La ley de libelo era un medio que el gobierno utilizaba para protegerse de las opiniones desfavorables y de las denuncias de corrupción. El ejercicio de la libertad de discusión permitía combatir la censura y promover la movilización social y la defensa de una sociedad libre.

Sin embargo, a diferencia de esta primera etapa, Mill cambió sus ideas respecto a la libertad de expresión durante un período de crisis, aunque en el futuro volvería a modificarlas. Entre 1830 y 1840 manifestó sus reservas a la existencia de un debate libre e ilimitado en los ensayos *The Spirit of the Age*, *Civilization* y *Coleridge* (Mill 1996e: 227-234; Mill 1996g: 117-147; Mill 1996h: 117-163). Mill duda que el ejercicio de la libertad de expresión promueva un desarrollo político efectivo y mantiene que lo importante no es la cantidad sino la calidad

de la discusión. Estos textos, como se verá más adelante, son incoherentes con obras posteriores como *On Liberty*.

Posteriormente, en una etapa de madurez, Mill escribe *The French Law Against the Press*, *The Attempt to Exclude Unbelievers from Parliament* y *The Libel Bill* (Mill 1996l: 1116-1118; Mill 1996ll: 1135-1138; Mill 1996n: 193-194). La libertad de expresión se vuelve a considerar una herramienta eficaz para hacer frente a gobiernos despóticos, que favorece la resolución de conflictos en una comunidad. La verdad se fija también como un ideal, cuya consecución se logra mediante un debate abierto.

La mayor defensa de la libertad de expresión de Mill se encuentra en el capítulo segundo de *On Liberty*, titulado «de la libertad de pensamiento y discusión». En términos generales, ésta arranca de las influencias del movimiento de la filosofía radical y de la teoría del autor expuesta. Pero, en el ámbito concreto de la libre discusión y conciencia, tiene varios antecedentes en el siglo xvii: las teorías de John Milton, Baruch Spinoza y John Locke, que consituyen las primeras defensas liberales.

2.1 Tradición liberal sobre libertad de expresión

La primera aportación sobre libertad de imprenta y expresión fue realizada por John Milton, a través de su obra *Areopagitica* (Milton 1973). A ésta puede añadirse también *A Letter Concerning Toleration* (Locke 1970), de John Locke, que otorga más importancia a la libertad de conciencia o pensamiento. Ambos autores, Milton y Locke, construyeron los principios del liberalismo británico y también de la corriente general del liberalismo (Ansuátegui 1994: 238-288).

Otro autor que inició la defensa de la libertad de expresión fue Baruch Spinoza. En su *Tractatus theologico-politicus* (Spinoza 1978) sostiene que libertad de pensamiento y expresión son derechos personales a los que nadie puede renunciar, a pesar de que éstos deban desarrollarse dentro de un concepto de Estado absoluto (Ansuátegui 1994: 174-226; Ansuátegui 1998: 663-678; De Lucas: 355-363).

Milton, representante del pensamiento radical inglés del siglo xvii, introduce que el fundamento de la libre discusión es la búsqueda de la verdad. Su obra *Areopagitica* es un discurso dirigido al Parlamento contra una Orden de 14 de junio de 1643 que imponía la censura a la imprenta. Esta Orden, que actualiza un Decreto de 1637 que había caído en desuso, establece que ningún libro, panfleto o papel será impreso a menos que primero sea aprobado por una licencia. *Areopagitica* tiene como subtítulo: «discurso acerca de la libertad de impresión, sin licencias, al Parlamento de Inglaterra».

Por tanto, se trata de una obra de reacción ante una situación concreta. Milton reclama libertad de imprenta para difundir mensajes sobre todos aquellos ámbitos del saber humano en los que el individuo

aspira a conocer la verdad. Milton escribe: «Dadme, por encima de todas las libertades, la libertad de conocer, de expresar y de discutir libremente de acuerdo con mi conciencia» (Milton 1973: 38). Para este autor, la verdad sólo se consigue a través del contraste de aportaciones diferentes, incluso opuestas.

El Estado no tiene que intervenir en el proceso de búsqueda de la verdad, ya que ésta por sí misma acabará imponiéndose sobre el error. Añade: «Dejad que ella (la verdad) y la falsedad peleen: ¿quién vió jamás que la verdad se llevase la peor parte en un encuentro libre y abierto?» (Milton 1973: 38).

Milton desarrolla esta postura en *Areopagitica* a través de cuatro aspectos: a) muestra cuáles son los orígenes de la censura previa y la identifica con sistemas ideológicos represivos; b) destaca los beneficios de la lectura de cualquier tipo de libros; c) razona que la Orden de licencias no es útil para lograr el objetivo que pretende; d) señala los costes que tiene la aplicación de la Orden, por ejemplo desalentar la ciencia y paralizar la verdad.

El ser humano es racional y tiene capacidad para elegir entre distintas posibilidades. Por tanto, debe tener permitido el acceso a todas las opiniones e ideas, de forma que él mismo pueda elegir libremente qué se acerca más a la verdad. Además, la línea que separa bien y mal, verdad y falsedad, no es del todo exacta. No se puede llegar a la verdad si no se conocen también los errores. La lectura proporciona la experiencia y el grado de discernimiento necesarios para discriminar entre varias opciones e identificar la verdad.

La censura no es efectiva porque el censor va a tener las mismas limitaciones que cualquier persona. En cambio, se va a dejar en sus manos la elección de los textos que tendrán difusión. Otro efecto negativo de la censura es que ésta provoca estancamiento intelectual: los que escriben no se atreven a publicar todas sus ideas por miedo a ser castigados (Milton 1973: 17 y 23-25). En el fondo, la aplicación de la Orden pretende la uniformidad de ideas y que no haya contraste entre las mismas.

Aún así, según Milton, la pluralidad de opiniones en torno a la religión no ha de ser ilimitada. Este autor defiende una libertad con matices: se toleran distintas ideas siempre y cuando no se encuentren muy distantes de una verdad considerada auténtica y superior. Milton parte de una serie de afirmaciones incuestionables que se identifican con la raíz del ideario protestante. Como consecuencia de ello, algunos grupos religiosos –por ejemplo el de los católicos– no gozan de plena tolerancia, debido a que sus principios son incompatibles con los de la Iglesia reformada.

Areopagitica ha recibido objeciones en este sentido, ya que la libertad no se atribuye a quienes mantienen opiniones que difieren del sistema religioso apoyado por Milton. Entre los autores que sostienen esta postura crítica se encuentra Willmoore Kendall. Este autor describe la sociedad que Milton aprueba con las siguientes características:

está basada en una verdad religiosa, Milton se sirve con frecuencia de metáforas religiosas para explicar la verdad; pretende ser homogénea, no tolera aquéllo que es impío o contrario a la fe y las costumbres; y está estructurada, es jerárquica (Kendall 1972: 126-127 y 133-134).

Para explicar la última característica, Kendall remite a unas palabras de Eurípides que encabezan el texto de *Areopagítica*. Dicen: «Es verdadera libertad cuando los hombres, que han nacido libres/ y tienen que aconsejar al público, pueden hablar libremente,/ esos que pueden y quieren merecen alto elogio;/ los que no pueden ni quieren, pueden guardar silencio;/ ¿qué puede haber en un Estado más justo que esto?» (Milton 1973: 2).

Kendall interpreta que, a través de la inclusión de esta cita, Milton distingue entre dos tipos de individuos: los que pueden y quieren aconsejar al público, y los que ni pueden ni quieren aconsejar al público. Es decir, sólo una parte de la sociedad está capacitada para hablar libremente. Este sector formado por personas sabias tiene la tarea de orientar al resto de ciudadanos. En palabras de Kendall, la búsqueda de la verdad propuesta por Milton tiene carácter «aristocrático».

Si bien Milton defiende la tolerancia en el ámbito político y científico, en cambio, en el ámbito religioso la limita. Aunque en este sentido su liberalismo queda atenuado, su teoría debe situarse en un momento histórico concreto. En las circunstancias en que fue escrita, la obra de Milton constituye una defensa importante de la libertad de comunicación.

La libre expresión no se considera un fin propiamente dicho, sino que su fundamento está muy vinculado con la verdad: el libre intercambio de opiniones y puntos de vista es un medio necesario para alcanzar un grado más elevado de verdad. La naturaleza racional del individuo y el conocimiento sólo pueden desarrollarse en condiciones de libertad.

2.2 Libre intercambio de opiniones y teoría de la falibilidad

El 27 de junio de 1852, Mill escribió una carta a John Lalor, escritor y periodista que fue editor de *Morning Chronicle* e *Inquirer*, en la que despreciaba a Milton. Decía: «no estoy de acuerdo en ser elogiado con las palabras de un hombre a quien tengo tanta falta de respeto como Milton, quien con todo su republicanismo tenía el alma de un fanático, un déspota y un tirano» (Mill 1996k: 90-92).

En el prefacio de un libro que iba a publicar, Lalor incluía una dedicatoria a Thomas Carlyle y elogiaba a Mill a través de una cita de Milton. El periodista había enviado pruebas de su libro a Mill y, en vistas de la hostilidad de este último hacia Milton, acabó por no incluir la cita en el texto final que se publicó.

A pesar de este comentario despectivo hacia Milton, puede decirse que Mill comparte el planteamiento inicial de la tesis de este autor: la

libertad de expresión permite la aproximación a la verdad. Para Mill, se trata además de una verdad relativa, en constante evolución, que está conectada a la utilidad.

Declara: «la verdad de una opinión forma parte de su utilidad», por lo que resulta tan intolerante tratar de impedir la discusión de la verdad de una idea como negar *a priori* su utilidad. Mill cree que es útil que haya variedad de opiniones y que los distintos caracteres se exterioricen (Mill 1991: 16, 61-62 y 92). De este modo, la libertad de expresión tendría un primer argumento utilitarista, ya que la libre discusión tiene beneficios prácticos a largo plazo: es el camino que con más probabilidad lleva al descubrimiento de nuevas verdades.

A través de Milton y Mill, el primer fundamento que históricamente se ha dado a favor de la libertad de expresión es que una discusión abierta tiene gran importancia para llegar al descubrimiento de la verdad, favoreciendo a su vez el desarrollo del individuo, de sus capacidades y potencialidades. Mill otorga preferencia a estas dos funciones, aunque también considera que la libertad de expresión es condición para la efectiva participación política en una democracia.

En cambio, otros autores considerarán que el principal argumento de la libertad de expresión no es la búsqueda de la verdad o la autorrealización sino la participación política. En el siglo xx el máximo representante de esta postura es Alexander Meiklejohn, quien destaca que la libertad de expresión no sólo es un derecho individual, sino también un interés social. Meiklejohn basa su obra *Political Freedom. The Constitutional Powers of the People* (Meiklejohn 1965) en la noción de autogobierno que tienen las asambleas de las pequeñas poblaciones de Nueva Inglaterra. En ellas los ciudadanos se reúnen para discutir asuntos de interés público, que se deciden por sufragio universal (Schauer 1982: 35-46; Brennan 1965: 1-20; Barendt 1987: 20-23).

La existencia de pluralidad de opiniones es esencial para el progreso humano. Mill sigue al historiador François Guizot, quien mantenía que diversidad y conflicto habían sido los dos requisitos básicos para la evolución de Europa desde la Edad Media (Mill 1991: 106-107; Mill 1996j: 257-294). El hecho de dar importancia a la diversidad implica, a su vez, revalorizar la noción de individualidad.

Mill argumenta a través de tres premisas que la libertad de expresión fundamenta la búsqueda de la verdad. Estas hipótesis de partida sustentan y estructuran su teoría de la falibilidad:

1. *La opinión tradicionalmente admitida puede resultar falsa.* Por eso Mill declara que: «imponer silencio a la expresión de una opinión constituye un robo a la especie humana, a la posteridad tanto como a la generación existente». Porque si la nueva opinión expresada, distinta de la tradicional, resultara ser cierta, entonces se estaría privando a la humanidad de la posibilidad de abandonar el error por la verdad (Mill 1991: 56-57).

Por supuesto, la nueva opinión también puede ser falsa. Pero si no permitimos que se cuestione la opinión tradicional, estamos afirmando su certeza absoluta y nuestra propia infalibilidad. Una cosa es apostar por una opinión porque la tenemos por verdadera. Otra cosa muy distinta es quererla imponer por la fuerza de la autoridad, por el mero hecho de que al no rebatirla nos sentimos más seguros.

Según Mill, sólo se puede llegar al conocimiento completo a través de la discusión. Ésta permite interpretar la experiencia e ir rectificando los errores. Por eso el Estado debe facilitar un espacio de debate público donde haya intercambio efectivo de puntos de vista y se fomente la participación de los ciudadanos.

Sin embargo, esto no significa que la verdad por sí misma tenga el poder de prevalecer e imponerse al error. A diferencia de Milton, Mill considera que la frase «la verdad triunfa siempre de la persecución» no se corresponde con la realidad, y añade que «la historia nos muestra a la verdad constantemente reducida al silencio». Aún así, la ventaja de la verdad es que a lo largo del tiempo encontrará algún período favorable en el que escapará de coacciones o censuras y será defendida. En este sentido, Mill sigue la teoría de evolución de la historia del conde de Saint-Simon (Mill 1991: 66; Mill 1986: 240; Ten 1999: 298).

La libre discusión es necesaria para la evolución del pensamiento de cualquier sociedad, pero también para que los individuos desplieguen sus aptitudes personales. Mill concluye: «Ha habido y aún puede haber grandes pensadores individuales en una atmósfera general de esclavitud mental. Pero no ha habido jamás ni habrá nunca en esa atmósfera un pueblo intelectualmente activo» (Mill 1991: 71). Con la libertad de expresión una persona desarrolla sus habilidades mentales y adquiere dignidad como ser humano.

2. *La opinión admitida es verdadera, pero continúa siendo necesaria la discusión.* Cuando aceptamos como verdaderas opiniones que recibimos de otros, sin que las hayamos sometido a discusión, éstas se convierten en una especie de dogma muerto, superstición o credo.

Una actitud racional exige conocer los motivos de nuestras propias opiniones, a las cuales se llega escuchando a los demás y analizando las razones de las suyas. Para Mill: «El hábito constante de corregir y completar la opinión, comparándola con otras, lejos de causar duda y vacilación para ponerla en práctica, es el único fundamento estable de una justa confianza en dicha opinión» (Mill 1991: 60).

Por tanto, la libre discusión es igualmente beneficiosa cuando se confirma la validez de la opinión existente y la falsedad de las nuevas opiniones expresadas. Ya que, como indica Mill, entonces se tiene «la percepción más clara y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error» (Mill 1991: 56).

La opinión verdadera requiere ser contrastada con opiniones contrarias: para que pueda sentirse como una auténtica convicción, algo vivo que influye sobre las conductas de los individuos; y para que no se convierta en una mera doctrina impuesta, ineficaz y a la larga deca-

dente. El hecho de tener que defender a menudo una verdad ayuda a entenderla y a consolidarla como tal.

3. *Algunas opiniones antagónicas pueden compartir la verdad.* Puede suceder que la opinión admitida sea en parte verdadera y que la opinión silenciada sea también en parte verdadera. Es decir, ninguna de ellas contiene la verdad o el error de forma absoluta. Mill mantiene que en la vida práctica, la verdad es «una cuestión de combinación y conciliación de los extremos» (Mill 1991: 83 y 92).

En la mayoría de casos, las opiniones dominantes constituyen verdades de carácter parcial y necesitan de otras opiniones que, aunque puedan ir envueltas de algunos errores, incluyen una parte de verdad de la que las primeras carecen.

Todas las opiniones deben circular libremente, tanto si en general son aceptadas como si no lo son. De ahí la condena de determinadas actitudes: «el medio más reprobado que puede emplearse en una polémica es estigmatizar como hombres peligrosos e inmorales a los que profesan la opinión contraria. Los que profesan una opinión impopular están particularmente expuestos a tales calumnias, porque son, en general, poco numerosos y sin influencias, y nadie se interesa en que se les haga justicia» (Mill 1991: 88).

La expresión de opiniones fuertes o tradicionalmente admitidas está garantizada, en cambio, es necesario potenciar o abrir el paso a las disidentes. Si una opinión tiene más derecho que otra a ser tolerada y protegida, ésta es la más débil, la que tiene el riesgo de no ser oída.

Mill no teme la confrontación de opiniones, porque ésta posibilita que las verdades parciales se vayan completando. «No es la lucha violenta entre las diversas partes de la verdad lo que constituye el mal terrible, sino la supresión tranquila de una mitad de la verdad», dice (Mill 1991: 86-87). Ahora bien, cuando sólo se promueve una opinión, aunque sea parcialmente cierta, sin dar cabida a otras, el concepto de verdad se falsea y entonces surgen los prejuicios contra todo aquello que sea diferente.

A modo de resumen, puede decirse que la teoría de la falibilidad encierra la siguiente idea: la verdad exige pluralidad de opiniones, sean éstas del tipo que sean. Mill sintetiza sus reflexiones sobre la libertad de discusión en la conocida frase: «Si toda la especie humana, menos una persona, fuese de un mismo parecer y solamente ésta fuese de parecer contrario, el imponerle silencio sería tan injustificable como el imponer silencio a toda la especie humana, si esto por acaso fuese posible» (Mill 1991: 56).

2.3 Conclusiones: de la coerción moral a la libertad

A pesar de que la obra *On Liberty* ha tenido muchos seguidores por su importante defensa de la libertad individual, hay que decir que también ha tenido sus oponentes.

Por un lado, se ha discutido el valor y coherencia de este ensayo respecto al conjunto de la filosofía de Mill. La doctrina de la libertad está incluida dentro de un sistema moral que Mill defiende en términos utilitaristas. Determinar el carácter de la relación existente entre los principios de utilidad y libertad es el punto más controvertido de la interpretación de esta doctrina.

La pregunta que surge es: ¿qué sucede si ambos principios entran en conflicto y cuál de ellos prevalecería en este caso? En tal situación, John Gray sostiene que Mill daría prioridad al principio de utilidad sobre el de libertad, atendiendo a su respaldo al utilitarismo (Gray 1983: 2-9). En *On Liberty* Mill destaca con fuerza el valor de la utilidad: «La utilidad es, según mi parecer, la solución suprema de toda cuestión moral»; y añade: «pero la utilidad en el sentido más amplio de la palabra, la utilidad fundada sobre los intereses permanentes del hombre como ser progresivo» (Mill 1991: 50).

En relación con esta última frase, puede observarse que la felicidad lograda después de la aplicación del principio de utilidad incluye elementos como la individualidad y el autodesarrollo, los cuales a su vez tienen que ver con la libertad. Aún así, no hay identificación entre los valores felicidad y libertad, y puede haber colisión entre ambos.

Stephen advierte que la moralidad en el fondo establece un sistema prohibitivo que se opone a la misma naturaleza humana: «uno de sus objetos principales es imponer sobre cada uno un estándar de conducta y de sentimientos con los que pocas personas estarían de acuerdo si no fuese por la coacción que así se pone sobre ellos» (Stephen 1967: 59 y 61-66). El principio de libertad sólo se podría reconciliar con la coerción moral, en la medida en que ésta última se entienda como autoprotección. Es decir, si mejora el estado existente de cosas y aumenta la felicidad de quienes la adoptan.

Además, el principio de utilidad, al fijar una clase de placeres superiores, también entra en contradicción con la creencia de que dentro de la naturaleza humana hay una cantidad indefinida de formas de ser. En este sentido, el principio de utilidad se puede convertir en un límite a la libertad natural de los individuos y al desarrollo de sus capacidades.

En esta línea argumental, Joseph Hamburger concluye que Mill defiende una combinación de libertad y control. Es decir, Mill impone limitaciones a la libertad e individualidad a través de su teoría moral. Por eso Hamburger considera que los calificativos de neutralidad y pluralismo no se puedan atribuir a la doctrina milliana sobre la libertad (Hamburger 1999: 3-17 y 166-234).

Frente a estos argumentos podría rebatirse que los placeres superiores presuponen una elección realizada después de un proceso de pensamiento autónomo, el cual permite expresar las demandas de cada naturaleza individual. De hecho, la idea de elección es un componente de cualquier placer superior. Por el contrario, los placeres no superio-

res serían aquéllos que no superan estos dos requisitos previos: toma de decisiones autónoma y reivindicación propia del individuo.

Mill sostiene que los hombres que han probado las ventajas y los placeres de la libertad no renunciarán a ellos a cambio de otros beneficios. Él es un empirista y cree que podemos conocer lo correcto y lo incorrecto a través de la observación y la experiencia. Mill apunta, pues, como cuestión empírica, que los individuos elegirán de forma irreversible la libertad.

De todas formas, los argumentos de Mill en favor de la libre discusión no tienen sólo raíces consecuencialistas, sino que defienden un auténtico derecho a expresar y recibir opiniones. Mill es partidario de que haya un derecho de pensamiento absoluto, ya que las ideas sólo incumben a uno mismo.

Cuando se pasa a la difusión y publicación de dichas ideas y pensamientos, estamos ya ante una conducta que puede afectar a los demás, pero la sociedad sólo puede tener un interés indirecto sobre ella. Mill trata a las libertades de pensamiento y expresión como «inseparables», y por eso reconoce una libertad de discusión casi absoluta (Mill 1991: 51; Mill 1996d: 6-7). Las únicas expresiones excluidas de protección serían aquellas seriamente perjudiciales para otros o que induzcan a realizar un acto que perjudique a otros (Mill 1991: 51, 88-89 y 91; Rees 1985: 29-32).

La defensa de la libertad de expresión que hace Mill tiene sentido en la medida en que contribuye a conocer la verdad, no a imponer una determinada verdad. A menudo las verdades impuestas se mantienen porque se utiliza la censura para acallar las opiniones contrarias.

C. L. Ten enfatiza la distinción que Mill hace entre: tener opiniones por verdaderas y conocer la verdad de las opiniones (Ten 1980: 126-130). En el primer caso, una opinión puede ser resultado del adoctrinamiento, de la imposición de los pensamientos de otro o de la manipulación de los medios de comunicación. En cambio, en el segundo caso, el individuo mantiene una opinión porque ha comprendido las razones de ese punto de vista, es decir, su pensamiento tiene una base racional.

Por tanto, la libertad de expresión sería valiosa como medio para descubrir y propagar la verdad y también como condición de racionalidad, rasgo característico de un ser humano libre. Gray recalca que Mill otorga a la expresión de opiniones un trato privilegiado porque éstas son parte constitutiva de cualquier ser autónomo (Gray 1983: 103-110). El ejercicio de la libertad de expresión se encuentra dentro del interés vital a la autonomía que protege el principio de libertad.

Por otro lado, algunos sectores doctrinales no han basado sus críticas a *On Liberty* en posibles contradicciones utilidad-libertad, sino que van más allá e incluso han puesto en duda el carácter liberal del ensayo.

El mayor ataque lo realiza Maurice Cowling, quien acusa a Mill de «totalitarismo moral». Cowling declara que *On Liberty* no protege la

diversidad sino que, por el contrario, establece una individualidad selectiva. Sólo se potencia a un grupo reducido de sabios, a una élite racional que debe informar a la mayoría de los ciudadanos. En este sentido, la libertad no se maximiza sino que se reduce (Cowling 1990: 106-161).

En el mismo sentido, John Skorupski llama «falacia burócrata» a este tipo de control ejercido por una élite. Pues entiende que dar preferencia a un grupo más instruido puede llevar al despotismo de ese grupo, el cual tampoco es infalible (Skorupski 1989: 387). Otras dos autoras que han continuado en menor medida esta crítica encabezada por Cowling son Shirley Robin Letwin y Gertrude Himmelfarb (Letwin 1965: 297-311 y 248-252; Mill 1963: VII-XXIV).

Para que se haga un buen uso de la libertad social, la educación es imprescindible; a través de ella se desarrollan las capacidades intelectuales y morales de los ciudadanos. En la teoría de Mill, la doctrina de la plena libertad sólo puede aplicarse a «los seres humanos que se encuentren en la madurez de sus facultades» y no a aquéllos que «aún están en edad de reclamar los cuidados de otros» porque todavía no pueden valerse sólo por sí mismos (Mill 1991: 49).

Dentro del ámbito político, en el seno de la democracia representativa que Mill defiende en *Considerations on Representative Government*, una élite instruida debe representar a la «medianía colectiva», esto es, al conjunto de ciudadanos (Mill 1966: 153-170). Mediante un proceso de decisión racional las élites cualificadas deben proteger a los individuos y a las minorías. Mill defiende el sufragio universal, también de las mujeres, el cual no era reconocido por la mayoría de parlamentarios ingleses. Sin embargo, fija una serie de restricciones al sufragio, aún reconociendo que éstas constituyen algo negativo.

Así, no puede ejercer el derecho a voto la persona: que no sea capaz de leer, escribir y efectuar las operaciones comunes de aritmética; que no pague sus impuestos; o que no pueda sostenerse por sí misma y reciba ayudas públicas. Junto a estas limitaciones se otorga un privilegio. Mill mantiene que diferentes grupos de intelectuales, que tengan una educación superior, pueden disponer de un voto más al participar en las elecciones. Por todo esto se ha calificado a Mill de elitista.

Con el objeto de contrarrestar los comentarios desfavorables, Ten elabora un artículo en el que defiende a Mill como liberal (Ten 1999: 293-314; O'Rourke 2001). Efectivamente, Mill mantenía que algunos seres humanos son más sabios y más nobles que otros. Pero, según Ten, de este punto de partida no se deriva que los seres más sabios y más nobles tuvieran derecho a obligar a otros. El papel que *On Liberty* atribuye a estos ilustrados de mentes superiores no es tiránico, sino más bien de guía.

Mill también indica en *On Liberty* que la mayoría de ciudadanos puede dejarse orientar por las iniciativas y consejos de una minoría de representantes bien dotados o de un individuo más instruido. Pero añade que no se trata de que éstos impongan sus mandatos: «Todo lo

que semejante hombre puede pretender es la libertad de enseñar el camino. El poder de forzar a los otros a seguirle no es sólo incompatible con la libertad y el desenvolvimiento de todos los demás, sino que corrompe al mismo hombre de genio» (Mill 1991: 101).

De acuerdo con *Considerations on Representative Government*, el grupo de expertos que represente a los ciudadanos debe tener un grado adecuado de inteligencia, conocimiento y responsabilidad, así como recibir una educación especial para que sus acciones no se rijan por intereses particulares sino por el bienestar general de la comunidad (Mill 1966: 108-109).

Otro de los reproches dirigidos a Mill tiene que ver con algunas de sus primeras obras, las cuales ofrecen una visión sobre la libertad individual que difiere de la contenida en *On Liberty*. Por ejemplo, Himmelfarb hace referencia expresa a *The Spirit of the Age* (Mill 1996: 227-316), donde Mill sostenía que a través de la discusión se descubren y difunden opiniones verdaderas, pero como consecuencia de ello no se produce el debilitamiento del error.

Además, en una carta que envió a Thomas Carlyle, de 18 de mayo de 1833, Mill se mostró poco preocupado por la libertad de expresión entendida como debate entre opiniones divergentes: «No tengo mucha idea sobre las ventajas de la «libre discusión» que se ha denominado «colisión de opiniones», siendo mi credo que la Verdad se siembra y germina en la misma mente (...) Así, me he acostumbrado a aprender induciendo a los demás a pronunciar sus pensamientos, y a enseñar dispersando los míos, y he evitado las ocasiones de controversia» (Mill 1996a: 153).

Sin embargo, esta crítica también ha sido rebatida. Tomando como punto de partida la interpretación de Himmelfarb (Mill 1963: vii-xxiv; Himmelfarb 1974: 35-42), Ten explica la evolución de la postura de Mill sobre la libertad (Ten 1999: 308-314). En *The Spirit of the Age* Mill recomendaba que el público aceptase las doctrinas propuestas por mentes cultivadas. La libertad de expresión era valiosa porque permitía tener opiniones por verdaderas. Pero en realidad los ciudadanos no conocían las razones que llevaban a esas opiniones, no tenían suficientes oportunidades para adquirir el conocimiento necesario para ello. Por tanto, *conocer* la verdad era un privilegio de los más ilustrados.

En cambio, en *On Liberty* Mill sigue valorando el liderazgo de las mentes más cultivadas, pero al mismo tiempo advierte que los hombres sabios también pueden corromperse y que la mayoría puede tiranizar a las minorías. Por eso aumenta la importancia otorgada al desarrollo libre y espontáneo de los seres humanos. La justificación central de la libertad de expresión radica ya en *conocer* esa verdad y en facilitar la creación de una sociedad intelectualmente activa.

Si el proceso de libre intercambio de ideas sólo se atribuye a una parte de la sociedad, dividida entre una élite racional y un público no ilustrado, la democracia perderá sentido (Riley 1998: 62-63). De una

parte, la mayoría podría ser fácilmente manipulada por sus líderes. Y de otra parte, la misma doctrina dominante dejaría de ser eficaz. De acuerdo con la segunda premisa de la teoría de la falibilidad de Mill, en el momento en que los líderes dejen de contrastar sus opiniones con la comunidad, sus tesis perderán valor y pasarán a ser simples dogmas.

Mill indica que el 99% de los que se consideran hombres ilustrados puede que sepan argumentar sus ideas y llegar a conclusiones ciertas, pero aún así deben colocarse en la posición de los que piensan de manera diferente a ellos para conocer el auténtico significado de las doctrinas que sostienen. En este sentido dice: «Si no existieran adversarios para todas las verdades importantes, deberían inventarse y proporcionarles los más fuertes argumentos que pueda imaginar el más hábil abogado del diablo» (Mill 1991: 74).

La existencia de un dictador sabio, aunque fuese benévolo, también sería indeseable según Mill. Ya que la felicidad sólo se consigue cuando las personas despliegan sus propias capacidades. Lo que justificaría el gobierno de una élite de representantes es que, con ellos, los miembros de una comunidad puedan llegar a ser mejores intelectual y moralmente (Mill 1994: 19-21).

Para Mill, la libertad de discusión no es sólo un instrumento para asegurar un buen gobierno democrático. Como hemos visto, también es un requisito básico para el esclarecimiento de la verdad, el cual contribuye al desarrollo de la razón y de la personalidad individual y, en último término, a la felicidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV (1998): *Utilitas*, volume 10, number 1, March.
- ABELLÁN, J. (1995): «John Stuart Mill y el liberalismo», en Fernando Valle-spín, ed., *Historia de la teoría política. Ilustración, liberalismo y nacionalismo*, vol. III, Alianza Editorial, Madrid, pp. 339-396.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (1994): *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid.
- (1998): «Libertad de conciencia y de expresión en Baruch Spinoza», en Gregorio Peces-Barba y Eusebio Fernández, dirs., *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo 1: *Tránsito a la modernidad*. Siglos XVI y XVII, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, pp. 637-678.
- BARENDT, E. (1987): *Freedom of Speech*, Clarendon Press, Oxford.
- BENTHAM, J. (1821): *On the Liberty of the Press, and Public Discussion*, William Hone, London.
- (1981): *Tratados de Legislación civil y penal*, Magdalena Rodríguez Gil, ed., Editora Nacional, Madrid (1.ª publicación, 1821), (Traducción: Ramón Salas).
- (1988): *The Principles of Morals and Legislation*, Prometheus Books, Amherst (New York) (1.ª publicación, 1781).

- (1992): *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, Amnon Goldworth, ed., Clarendon Press, Oxford (1.ª publicación *A Table of the Springs of Action*, 1817).
- BERGER, F. R. (1984): *Happiness, Justice, and Freedom. The Moral and Political Philosophy of John Stuart Mill*, University of California Press, Berkeley.
- BLASI, V. (1996): «Milton's Areopagitica and the Modern First Amendment», en *Ideas*, volume 4, number 2.
- BRENNAN, W. J., Jr. (1965): «The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment», *Harvard Law Review*, volume 79, number 1, november, pp. 1-20.
- BROWN, D. G. (1972): «Mill on Liberty and Morality», *Philosophical Review*, volume 81, pp. 133-158.
- CARUNCHO MICHINEL, C. (1999): *Sobre la libertad. A propósito de la obra de John Stuart Mill*, Eris, La Coruña.
- COWLING, M. (1990): *Mill and Liberalism*, Cambridge University Press, 2nd ed., Cambridge, (1st ed., 1963).
- DONNER, W. (1991): *The Liberal Self. John Stuart Mill's Moral and Political Philosophy*, Cornell University Press, Ithaca.
- ESCAMILLA CASTILLO, M., ed. (2004): *John Stuart Mill y las fronteras del liberalismo*, Universidad de Granada, Granada.
- GARCÍA AÑÓN, J. (1997): *John Stuart Mill: justicia y derecho*, McGraw-Hill, Madrid.
- GARVEY, J. H. y SCHAUER, F. (1992): *The First Amendment: a Reader*, West Publishing Co., Saint Paul (Minnesota).
- GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, L. (1988): *J. Stuart Mill ante la encrucijada libertad-determinismo*, Nau Llibres, Valencia.
- (1990): «Una teoría utilitarista de la justicia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VII, pp. 469-477.
- GUISÁN SEIJAS, E. (1991-1992): «Liberalismo y socialismo en John Stuart Mill», *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, vol. 1, pp. 45-62.
- (1992): «Utilitarismo», en Victoria Camps, Osvaldo Guariglia y Fernando Salmerón, eds., *Concepciones de la ética*, Editorial Trotta, Madrid, pp. 269-294.
- (1992): «El utilitarismo», en Victoria Camps, ed., *Historia de la ética. Vol 2. La ética moderna*, Editorial Crítica, Barcelona, pp. 457-497.
- GRAY, J. (1983): *Mill on Liberty: a Defence*, Routledge & Kegan Paul, London.
- HABIBI, D. A. (2001): *John Stuart Mill and the Ethic of Human Growth*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht.
- HAMBURGER, J. (1965): *Intellectuals in Politics. John Stuart Mill and the Philosophic Radicals*, Yale University Press, New Haven.
- (1999): *John Stuart Mill On Liberty and Control*, Princeton University Press, Princeton.
- HILL, C. (1977): *Milton and the English Revolution*, Farber and Farber, London.
- HIMMELFARB, G. (1974): *On Liberty and Liberalism: the Case of John Stuart Mill*, A. Knoff, New York.
- KENDALL, W. (1972): «Cómo debe leerse la Areopagitica de Milton», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 186, noviembre-diciembre, pp. 107-145.

- LETWIN, S. R. (1965): *The Pursuit of Certainty. David Hume, Jeremy Bentham, John Stuart Mill, Beatrice Webb*, Cambridge University Press, Cambridge.
- LOCKE, J. (1970): *Carta sobre la tolerancia y otros escritos*, Grijalbo, México D. F. (1.ª publicación, 1689), (Traducción: Alfredo Juan Álvarez).
- LUCAS MARTÍN, J. de, (1987): «Nota sobre libertad de expresión y democracia en la obra de Spinoza», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, pp. 355-363.
- LYONS, D. (1979): «Liberty and Harm to Others», *Canadian Journal of Philosophy*, Supplementary volume 5, pp. 1-19.
- (1994): *Rights, Welfare, and Mill's Moral Theory*, Oxford University Press, New York.
- MAZLISH, B. (1988): *James & John Stuart Mill. Father and Son in the Nineteenth Century*, Transaction Books, New Brunswick.
- MCCLOSKEY, H. J. (1970): «Liberty of Expression. Its Grounds and Limits (I)», *Inquiry*, volume 13, pp. 219-237.
- MEIKLEJOHN, A. (1965): *Political Freedom. The Constitutional Powers of the People*, Oxford University Press, New York.
- MILL, J. (1986): *Essays in Government, Jurisprudence, Liberty of the Press, and Law of Nations*, Augustus M. Kelley Publishers (1.ª publicación, Fairfield (New Jersey), 1821).
- (1995): *A Fragment on Mackintosh*, Routledge-Thoemmes Press, London (1.ª ed., 1835).
- MILL, J. S. (1963): *Essays on Politics and Culture*, Gertrude Himmelfarb, ed., Anchor Books, New York.
- (1966): *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Herrero Hermanos Sucesores S. A., México, (1.ª publicación, 1861), (Traducción: Antonio Guzmán Balboa), (Estudio preliminar: Currin V. Shields).
- (1986): *Autobiografía*, Alianza Editorial, Madrid, (1.ª publicación, 1873), (Traducción: Carlos Mellizo).
- (1991): «Sobre la libertad», en *Sobre la libertad y otros escritos*, Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, (1.ª publicación, 1859), (Traducción: Marta C. C. de Iturbe), pp. 37-147.
- (1994): *Utilitarismo. Un sistema de la lógica*, Alianza Editorial, Madrid (1.ª publicación, 1861 y 1843 respectivamente), (Traducción: Esperanza Guisán).
- (1996 a): «Earlier Letters», en Francis E. Mineka, ed., *Collected Works*. Vol. XII, Routledge, London.
- (1996 b): «Periodical Literature: Edinburgh Review», en J. M. Robson, ed., *Collected Works*. Vol. I, Routledge, London (1.ª publicación, 1824), pp. 291-325.
- (1996 c): «Place's on the Law of Libel», en Ann P. Robson y John M. Robson, ed., *Collected Works*. Vol. XXII, Routledge, London (1.ª publicación, 1824), pp. 91-94.
- (1996 d): «Law of Libel and Liberty of the Press», en John M. Robson, ed., *Collected Works*. Vol. XXI, Routledge, London (1.ª publicación, 1825), pp. 3-34.
- (1996 e): «The Spirit of the Age», en Ann P. Robson y John M. Robson, ed., *Collected Works*. Vol. XXII, Routledge, London (1.ª publicación, 1831), pp. 227-316.

- (1996 f): «De Tocqueville on Democracy in America» (I), en J. M. Robson, ed., *Collected Works*. Vol. XVIII, Routledge, London (1.ª publicación, 1835), pp. 47-90.
- (1996 g): «Civilization», en J. M. Robson, ed., *Collected Works*. Vol. XVIII, Routledge, London (1.ª publicación, 1836), pp. 117-147.
- (1996 h): «Coleridge», en J. M. Robson, ed., *Collected Works*. Vol. X, Routledge, London (1.ª publicación, 1840), pp. 117-163.
- (1996 i): «De Tocqueville on Democracy in America» (II), en J. M. Robson, ed., *Collected Works*. Vol. XVIII, Routledge, London (1.ª publicación, 1840), pp. 153-204.
- (1996 j): «Guizot's Essays and Lectures on History», en J. M. Robson, ed., *Collected Works*. Vol. XX, Routledge, London (1.ª publicación, 1845), pp. 257-294.
- (1996 k): «Latter Letters», en Francis E. Mineka y Dwight N. Lindley, eds., *Collected Works*. Vol. XIV, Routledge, London.
- (1996 l): «On the French Law Against the Press», en J. M. Robson, ed., *Collected Works*. Vol. XXV, Routledge, London (1.ª publicación, 1848), pp. 1116-1118.
- (1996 ll): «On the Attempt to Exclude Unbelievers from Parliament», en J. M. Robson, ed., *Collected Works*. Vol. XXV, Routledge, London (1.ª publicación, 1849), pp. 1135-1138.
- (1996 m): «Representation of the People» (2), en John M. Robson and Bruce L. Kinzer, ed., *Collected Works*. Vol. XXVIII, Routledge, London (1.ª publicación, 1866), pp. 58-68.
- (1996 n): «The Libel Bill», en John M. Robson and Bruce L. Kinzer, ed., *Collected Works*. Vol. XXVIII, Routledge, London (1.ª publicación, 1867), pp. 193-194.
- MILTON, J. (1973): *Areopagitica and of Education*, Oxford University Press, London (1.ª publicación *Areopagitica*).
- MONRO, D. H. (1970): «Liberty of Expression. Its Grounds and Limits (II)», *Inquiry*, volume 13, pp. 238-253.
- Moore, G. E. (1982): *Principia Ethica*, Laia, Barcelona, (Traducción: Núria Roig).
- MORLEY, J. (1873): «Mr. Mill's Doctrine of Liberty», *Fortnightly Review*, 1 Augu.
- NEGRO PAVÓN, D. (1975): *Liberalismo y socialismo. La encrucijada intelectual de Stuart Mill*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- O'ROURKE, K. C. (2001): *John Stuart Mill and Freedom of Expression. The Genesis of a Theory*, Routledge, London.
- POSTEMA, G. J., ed. (2002): *Bentham: Moral, Political and Legal Philosophy*, vol. I-II, Aldershot, Ashagate Dartmouth.
- RADCLIFF, P., ed. (1969): *Limits of Liberty: Studies of Mill's «On Liberty»*, Belmont, Wadsworth Publishing Company, Inc., California.
- REES, J. C. (1960): «A Re-Reading of Mill On Liberty», *Political Studies*, volume 8, pp. 113-129.
- (1985): *John Stuart Mill's On Liberty*, Clarendon Press, Oxford.
- RILEY, J. (1998): *Mill On Liberty*, Routledge, London.
- RYAN, A. (1964): «Mr. McCloskey on Mill's Liberalism», *Philosophical Quarterly*, volume 14, pp. 253-260.
- (1965): «John Stuart Mill's Art of Living», *The Listener*, 21 October, pp. 620-622.

- (1987): *The Philosophy of John Stuart Mill*, The Macmillan Press Ltd, 2nd ed., London, (1st ed., 1970).
- ROBSON, J. M. (1968): *The Improvement of Mankind. The Social and Political Thought of John Stuart Mill*, Routledge & Kegan Paul, London.
- SCHAUER, F. (1982): *Free Speech: a Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge.
- SCHNEEWIND, J. B., ed., (1968): *Mill. A Collection of Critical Essays*, Macmillan, London.
- SKORUPSKI, J. (1989): *John Stuart Mill*, Routledge, London.
- SPINOZA, B. (1978): *Tatado teológico-político*, Magisterio Español, Madrid, (1.^a publicación, 1670).
- STEPHEN, J. F. (1967): *Liberty, Equality, Fraternity*, R. J. White, ed., Cambridge University Press, London.
- TEN, C. L. (1980): *Mill on Liberty*, Clarendon Press, Oxford.
- (1999): *Mill's Moral, Political and Legal Philosophy*, Aldershot, Ashgate-Dartmouth.
- TOCQUEVILLE, A. (1993): de, *La democracia en América*, vol. I-II, Alianza Editorial, Madrid.
- WEST, H. R. (2004): *An Introduction to Mill's Utilitarian Ethics*, Cambridge University Press, New York.

Centralisation y Liberty. Reflexiones de John Stuart Mill

Por MARÍA LUISA CICALÉSE
Universidad de Milán

RESUMEN

El estudio pone de manifiesto cómo, tras un exordio benthamiano y radical favorable a la centralización, John Stuart Mill pasa a sostener –en diálogo con Tocqueville– que el individuo sabe asociarse por objetivos desinteresados, que la libertad es más valiosa que la igualdad y que un pueblo aprende a ser libre en la experiencia de la vida cotidiana. De aquí el rechazo hacia un Estado portador de un modelo único de conducta impuesta desde una centralisation a la francesa y la adhesión a una representación municipal y provincial con legislativo local provisto de potestad directiva y con ejecutivo que administra autónomamente. No obstante, el poder descentralizado se encuentra equilibrado desde una competencia centralizada, a razón de mejores condiciones, mediante la cual al gobierno central le corresponde no sólo la política exterior, sino también garantizar los principios inspiradores del sistema administrativo, esto es, de igualdad ante la ley y de justicia, de seguridad para las personas y los bienes.

Palabras Clave: *Mill, Tocqueville, Centralización, Autogobierno, Libertad-Liberalismo, Sociedad Civil.*

ABSTRACT

The study reveals how, after a benthamian and radical exordium in favour of centralization, John Stuart Mill goes on to defend (in accordance with Tocqueville) that the individual knows how to come together out of selfless purposes. Also, he assures that liberty is more valuable than equality and that people learn to be free with the experience of everyday life. Hence the rejection of a State holding an unique model of imposed behaviour from a French-way centralisation and the commitment to a municipal and regional

representation with a local legislative power provided with executive authority that allows self-governing management. Nevertheless, decentralized power is balanced by a centralized force by means of better conditions. Using this force it is for the Government to take responsibility of foreign affairs and also to guarantee the inspiring principles of the administrative system: equality before the law, justice and security for both people and possessions.

Key words: *Mill, Tocqueville, Centralization, Self-governing, Freedom-Liberalism, Civil Society.*

El problema de la centralización es específico frente a los grandes temas políticos que lógicamente lo preceden, como soberanía y formas de gobierno, pero a comienzos del siglo XIX irrumpe en el pensamiento político europeo, y en Francia, en los años finales de la Restauración, cobra especial significación dentro del conocimiento teórico en cuanto fundamento político del porvenir. Cabe además considerar de importancia la afinidad entre liberales y *ultràs* realistas quienes a comienzos de la Restauración reclaman franquicias y exenciones locales y una limitación de los poderes del gobierno: así, aún permaneciendo alejados entre sí, De Villèle, de Corbiere, Benjamín Constant, Fiévée, Chateaubriand y Robert-Collard¹.

A mitad de siglo, bajo el Segundo Imperio, el gobierno toma conciencia de que si se gobierna bien de lejos no se administra bien sino de cerca². Con todo, tal transferencia de atribuciones, bautizada como *décentralisation* en la época, no fue según la historiografía jurídica francesa actual otra cosa que *déconcentration*, es decir delegación por parte de una autoridad administrativa a una autoridad sujeta a sus órdenes del poder para decidir en su lugar. Se trataba de una delegación de poderes o de competencias por una autoridad superior a una autoridad jerárquicamente subordinada y rigurosamente controlada, como por ejemplo de un ministro a un gobernador, continuando el Estado como única entidad jurídica subsistente. Por el contrario, el moderno concepto de *décentralisation* consiste en el reconocimiento de la existencia bajo el punto de vista jurídico de una colectividad distinta del Estado, dotada de personalidad moral, con titularidad de derechos y deberes al igual que las personas físicas (no, pues, simples circunscripciones administrativas del Estado, sino entidades relativamente autónomas). Esa colectividad posee órganos distintos de los del Estado: consejos electos, autoridades ejecutivas; dispone de competencias, posee bienes, selecciona personal, es titular de un patrimonio, establece su presupuesto (*budget*). La colectividad descentralizada se

¹ Un articulado estudio es el de VON THADDEN, R. *La Centralisation contestée. L'administration napoléonienne enjeu politique de la Restauration (1814-1830)* (1967), trad. fr. de H. Cusa et P. Charbonneau, Arles, Actes Sud, 1989. Para una rápida pero eficaz síntesis véase BODINEAU, P. - VERPEAUX, M. *Histoire de la décentralisation*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997.

² BODINEAU, P. - VERPEAUX, M. *op. cit.*, p. 3.

administra por tanto libremente, si bien está sometida a las reglas del Estado establecidas por la ley. Aunque Constant nunca precisara de qué forma los órganos locales debieran concretamente determinarse, había formulado el famoso principio, asumido luego en el derecho público bajo la etiqueta de subsidiariedad, en apoyo de la tesis de que las administraciones locales y regionales no eran meros órganos ejecutivos de instancias superiores, ya que debían tener responsabilidad inmediata en cuanto al fondo de sus negocios³.

La descentralización territorial es un término reciente en el vocabulario jurídico francés, al margen de que la lucha por las libertades locales frente al poder central remonte al Medioevo. Desde 1789 hasta finales de la Restauración se desenvuelve la fase en que las libertades locales combaten contra la persistente búsqueda de la unidad del territorio y de las instituciones, triunfantes el año VIII con el régimen napoleónico. De la monarquía de julio de 1830, como se ha señalado, hasta 1944 la democracia local intenta expandirse con dificultad, retrocede y se detiene (Segundo Imperio, Régimen de Vichy).

La Restauración mantuvo el sistema administrativo concentrado que heredó del imperio: «Si les libéraux tiennent un discours décentralisateur et évoquent fréquemment l'éventualité d'une réforme administrative allant dans ce sens ils ont compris l'intérêt pour le gouvernement de conserver une administration départementale solide qui assure "de bonnes élections"»⁴. No obstante, nuevas ideas brotaban con insistencia, promovidas tanto desde las doctrinas liberales como por los juristas realistas: surgen entre ellos interrogantes acerca del poder autónomo de los Ayuntamientos o sobre la personalidad moral con que éstos pueden constituirse en propietarios de bienes y ser poseedores de específicos intereses que no se corresponden ni con los del Estado ni con los de cada uno de los habitantes del municipio. En 1811 había sido transferida la propiedad de los edificios y de caminos a los departamentos encargados, poco después, de su conservación y mantenimiento. Se suscitó entonces un caso jurídico: ¿podía el poseedor de los bienes del Departamento ser considerado entidad jurídica autónoma? El Consejo de Estado expresó un parecer negativo: constituía sólo una división territorial y no una corporación como el Ayuntamiento. El Departamento constituye sin duda una creación revolucionaria, aunque la consumación del equilibrio político entre el Estado y el Departamento no se produce hasta finales del siglo XIX, siendo que los análisis de Daniel Halévy sobre esta materia conservan actualidad en muchos aspectos: el Departamento actúa de cemento

³ VON THADDEN, R. *op. cit.*, p. 83. El historiador alemán resumía la tesis de Constant en la siguiente fórmula: «Chaque structure communautaire devait se limiter à une fonction subsidiaire par rapport à celle qui lui était immédiatement inférieure et assumer les seules tâches qui dépassaient les capacités et les pouvoirs de cette dernière» (*ibidem*).

⁴ BODINEAU, P. - VERPEAUX, M. *op. cit.*, p. 44.

para las instituciones locales a consecuencia de las grandes leyes orgánicas promulgadas en las postrimerías del siglo XIX⁵.

Sólo si se tiene presente que las determinaciones conceptuales se forjan al fuego de la experiencia actual, se comprenderá que en 1835 los interlocutores privilegiados de Tocqueville jamás se situaron *curiosamente*, como escribe André Jardin, en el *milieu* radical inglés ni tampoco entre los hombres representativos de la extrema izquierda concejil. La estirpe de familia legitimista influía y era influida por el radical Mill⁶. El tema de la concentración, junto a la diferencia entre delegación y representación, fue el gran tema a debate –tanto en el epistolario como en discursos públicos– entre Alexis Toqueville y John Stuart Mill a fin de deshacer nudos políticos y definir conceptos jurídicos.

En el relato del *Voyage* a Inglaterra de 1835, Toqueville escribió que Mill le había confesado el porqué de su ataque a las instituciones comunales y provinciales inglesas, pues a su entender servían de instrumento a la aristocracia, así como también el ser consciente de que apoyar la centralización enriquecía al gobierno central con el saqueo de la aristocracia. Ello, «puisqu'rien, n'est préparé dans les institutions actuelle pour hériter de ce pouvoir. Mais, si la démocratie était organisée dans nos communes et dans nos comtés de manière à gouverner, je suis persuadé que nous la laisserions fort indépendante du gouvernement central»⁷. Para evitar los defectos de la centralización contaba con el espíritu inglés, ajeno a abstracciones y poco inclinado al «goût de soumettre les autres à une certaine manière d'exister qu'on juge plus utile qu'ils ne la croient eux-mêmes»; a su juicio «ce goût est très peu répandu en Angleterre»⁸. Tocqueville le preguntaría si el espíritu inglés no era, por el contrario, espíritu aristocrático, devoto de la individualidad y más temeroso de ser turbado en la propia satisfacción que deseoso de extenderla a otros; el espíritu de la democracia era justamente el contrapuesto y conducía a la centralización como necesaria consecuencia de la *grande causa*. Mill fue alcanzado por el argumento del amigo y se dispuso a modificar sus observacio-

⁵ HALÉVY, D. *La fin des notables*, Grasset, Paris, 1930, p. 10.

⁶ Véase JARDIN, A. *Alexis de Tocqueville 1805-1859*, Hachette, Paris, 1984. «La cultura y la civilización» son para Tocqueville el antídoto de la irracionalidad en democracia e impulsan al pueblo a elegir como sus representantes a los mejores. El problema educativo, preexistente ya en el radicalismo inglés, pasa a ser mucho más complejo en el joven Mill, que se interroga acerca de la relación entre los intereses populares, la autodidáctica y el buen gobierno, en especial a partir del año 31, fecha del triunfo de los revolucionarios ingleses que al año siguiente culminará en el *Reform Bill*.

⁷ TOCQUEVILLE, A. DE *Voyages en Angleterre, Irlande, Suisse et Algérie*, ed. de J. P. Mayer e André Jardin, en ID., *Oeuvres complètes*, V, 2, Paris, Gallimard, 1958, p. 53. Cuando en abril de 1835 Tocqueville se dirigió a Inglaterra (tras un primer viaje realizado durante el verano del 33), había ya enviado a revistas y políticos ingleses su *De la Démocratie en Amérique*, impresa en enero anterior.

⁸ *Ibidem*

nes no sobre la aristocracia sino, más bien, sobre el *espíritu inglés* que, como advertirá más tarde, no tardaba en depravarse en la mezquindad de las camarillas locales y que le parecía, en todo caso, distinto del espíritu aristocrático. Y así, en particular, se apartará de las tesis ancadadas en radicalismo partidista descubriendo las virtudes y defectos de la estructura política democrática en sus diferentes aspectos, incluido el de la centralización.

Tocqueville escuchó las palabras de Mill sobre la división *ad infinitum* de las funciones administrativas y acerca del espíritu político inglés de hacer «de son côté ce qui convient», y durante la estancia en Birmingham reparó en que no era el espíritu aristocrático el que conducía al aislamiento, a encerrarse cada cual en su propia satisfacción antes que extenderla a los demás, sino el frecuente espíritu extendido en el pueblo, en cada hombre y en cada asociación, a «jouir le plus possible à soi tout seul de ses avantages, à se renfermer le plus possible dans sa personnalité...»⁹. El espíritu de exclusividad convivía en contraposición al espíritu de asociación, tendente a poner en común las fuerzas para los más diversos objetivos que envuelven a la ciencia, a la política, a los negocios y es precisamente hacia esta idiosincrasia donde Mill apuntaba.

Tocqueville reconocerá que el espíritu de individualidad constituía la auténtica base del carácter inglés y la asociación sólo un medio que la razón y la necesidad proponen para el logro de aquellos objetivos a los que las fuerzas individuales no alcanzan. Igualmente se aflige ante el problema de la centralización, después que los encuentros con los radicales le hubieren revelado que una «manie centralisante» se había adueñado del partido democrático. Por lo demás, cuando de ese modo los ingleses ignoraban la bondad de su sistema, alimentaban pasiones análogas a las de la Francia del 89: criticando la bizarría de las instituciones del Medioevo odiaban la aristocracia que las hubo conservado supersticiosamente sirviéndose de ellas en su particular provecho. Así, el «Esprit novateur, tendance révolutionnaire à n'apercevoir que les abus de l'état présent» se revela «tendance générale des démocraties» que se puede justificar, pero que sería preferible superar para comprender la felicidad del equilibrio histórico entre particularidad y conservación de un fuerte poder central. Por fortuna, en Inglaterra «heureuses difficultés» obstaculizaban la centralización: leyes, usos, costumbres y aquel mismo espíritu inglés del que hablaba Mill, rebelde a las ideas generales y uniformes, y amigo de la particularidad, «goût du chez-soi» también en política. A Tocqueville le parecía que

⁹ *Ibidem*, p. 60. Tocqueville es informado por el abogado Carter de que la opinión de la mayoría de ciudadanos de Birmingham era radical y que durante el intento del ministerio tory de Wellington se perfilaba el peligro de una insurrección por parte de una población reunida en una unión política deseosa de la reforma electoral, bien armada y dispuesta a marchar sobre Londres. A continuación de la renuncia de Wellington, con el retorno de Grey y la aprobación de la Hill, la agitación se aplacó, la población volvió a desinteresarse por hacer política y a preocuparse por hacer fortuna.

una positiva vía de aproximación a la división de todo el poder administrativo podía ser la introducción del poder judicial en la administración. No se trataba de creer superficialmente que la sociedad hubiese de garantizar al individuo y procurar su felicidad, sino de entender que aquella tenía como exclusiva obligación la de suministrar al individuo medios fáciles y seguros para garantizarse a sí mismo y obtener su propia felicidad, única elección compatible con la libertad política, única creación posible de los ciudadanos y hombres. Tal entendimiento, que representaba la superación del estatismo teóricamente producido por el utilitarismo benthamiano, constituía el resultado común que Mill y Tocqueville perseguían. La más saludable institución para alcanzar tal fin era una justicia independiente y más desarrollada en sus estructuras locales de lo que por lo general se encuentra. Los ingleses habían llevado demasiado lejos el principio de la localización de la justicia criminal, haciendo excesivamente costoso acudir a la justicia civil, así pues abandonando las relaciones ciudadano-justicia al estado selvático, esto es no racionalizado.

En la recensión que en 1835 dedica a la primera parte de *De la Democratie en Amerique*, Mill coincidió con Tocqueville en considerar la democracia local como válvula de seguridad e igualmente como verdadera escuela de la democracia: solamente ejercitando un gobierno directo a escala limitada aprendería el pueblo el uso de la forma democrática. Pero si Europa no era América, país de los altos salarios y beneficios donde a todo ciudadano le cabía plantearse atender a los asuntos públicos como a los propios, cuando menos la elección de un cuerpo representativo local o de consejos elegidos para ejercer específicas funciones locales podría dotar a la representación popular para fines comunales de un significado educativo en el sentido del progreso político de la Humanidad. Era sin embargo absolutamente preciso evitar que bajo el velo de las formas democráticas se movieran intereses privados representados por la oligarquía nobiliaria de los grandes feudatarios.

En 1836 aparecía en la "London and Westminster Review" por traducción inglesa de Mill un importante artículo de Tocqueville sobre el *État social et politique de la France avant et depuis 1789*¹⁰ en el que daba una primera formulación a las ideas que habría de desarrollar

¹⁰ TOCQUEVILLE, A. DE *État social et politique de la France avant et depuis 1789*, en ID., *L'Ancien régime et la Révolution*, introduction par G. Lefebvre, note préliminaire par J.-P. Mayer, in ID., *Oeuvres complètes*, vol. II, tome I, Paris, Gallimard, 1952, p. 53. Precisamente la segunda estancia en Inglaterra convence a Tocqueville de la íntima relación, histórica y sociológica, entre gobierno democrático y gobierno centralizado (véase S. DRESCHER, «Tocqueville Two Democracies», en *Journal of the History of Ideas*, XXV, 2, 1964, pp. 201-216). Es necesario añadir que la segunda es la caracterizada por el feliz encuentro con Mill y con sus amigos radicales. Se han manifestado igualmente las diferencias entre ambos asimismo sobre el tema de la centralización (véase H.O. PAPPÈ, «Mill and Tocqueville», en *Journal of the History of Ideas*, XXV, 2, 1964, pp. 217-233).

cerca de veinte años más tarde con *L'Ancien régime et la Révolution*. El autor esbozaba el largo proceso por el cual había surgido la centralización en perjuicio de la administración local: «la Révolution française a créé une multitude de choses accessoires et secondaires, mais elle n'a fait que développer le germe des choses principales; celles-là existaient avant elle. Elle a réglé, coordonné et légalisé les effets d'une grande cause, plutôt qu'elle n'a été cette cause elle-même. En France les conditions étaient plus égales qu'ailleurs; la Révolution a augmenté l'égalité des conditions et introduit dans les lois la doctrine de l'égalité. La nation française avait abandonné, avant toutes les autres et plus complètement que toutes les autres, le système de fractionnement et d'individualité féodale du moyen âge; la Révolution a achevé d'unir toutes les parties du pays et d'en former un seul corps. Chez les Français le pouvoir central s'était déjà emparé plus qu'en aucun pays du monde, de l'administration locale. La Révolution a rendu ce pouvoir plus habile, plus fort, plus entreprenant»¹¹.

En la segunda parte de *De la Democratie en America*, Tocqueville dedicará el segundo capítulo de la parte cuarta a demostrar «que les idées des peuples démocratiques en matière de gouvernement sont naturellement favorables à la concentration des pouvoirs». La tendencia intelectual a un poder único y central se acompañaba de la idea de una legislación uniforme¹².

Pero, vale aquí preguntarse, ¿se sentía en la década de los 30-40 en Inglaterra o en Francia la necesidad de teorizar, preparar, o al menos preconizar, una alternativa revolucionaria para obtener resultados importantes mediante la modificación de las instituciones estatales? Como Mill reconocerá más tarde, en toda Europa la segunda fase de la profundización en la descentralización estuvo marcada por la publicación de la «great work M. de Tocqueville» que había asumido «the lead» de esta nueva tendencia de opinión, luego libremente proseguida por los estudiosos de la economía política, incluso tras el golpe de Estado bonapartista, hasta alcanzar el triunfo del libre comercio, afirmándose en dirección al principio de la acción espontánea de los indi-

¹¹ TOCQUEVILLE, A. DE *État social*, cit., p. 65 (véase también la *Introduzione* de A. Omodeo en *Frammenti storici sulla rivoluzione francese*, Ispi, Milano, 1943). A. M. Battista, *Diritto amministrativo e storia sociale: la tesi di Tocqueville e le sue fonti*, de publicación póstuma recogida en *Studi su Tocqueville*, con introducción de F.M. De Sanctis, Firenze, Cet, 1989, ha destacado la orientación anticentralizadora de Tocqueville no sólo en el ámbito administrativo sino sobre todo en el político contra la tutela del Estado sobre el ciudadano.

¹² Y continúa manifestando que también en la vieja Europa, en todos los pueblos, incluso en aquéllos que rechazan el dogma de la soberanía popular desaparece la idea de un poder intermedio y la de un derecho inherente a determinados individuos, al tiempo que los soberanistas forman la opinión de que el poder central «qu'ils représentent peut et doit administrer par elle-même, et sur un plan uniforme, toutes les affaires et tous les hommes» (A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, introduction par H. J. Laski, note préliminaire par J. P. Mayer, en Id., *Oeuvres complètes*, vol. II, tome I, Gallimard, Paris, 1961, p. 299).

viduos y de las asociaciones voluntarias. La teoría de la no-intervención del Estado en los asuntos de la sociedad llegó con Dunoyer, según Mill, a definiciones verdaderamente desproporcionadas.

En su experiencia inglesa con referencia al *cartismo*, Giuseppe Manzini excluía en 1840 que una reforma constitucional resultara suficiente para promover un sistema democrático en el que las exigencias sociales y los derechos en las condiciones de los operarios fabriles pudiesen ser respetadas junto con las democráticas propias de la vida política. En el contexto europeo se precisaba la «*Revolution*» en todos aquellos países donde los exiliados partieron hacia Londres (seguidamente a los acontecimientos insurreccionales parisinos del 39) y a los que querían regresar tras contribuir con éxito a la implantación de sistemas políticamente democráticos. Incluso si para Manzini «la *Démocratie en Europe* nacería de una revolución»¹³, en cualquier caso las páginas de su escrito *Italia, Austria and the Pope. A letter to Sir Graham* (parcialmente publicado en el «*Nothern Star*» el año 1845) ponen bien de manifiesto que la empeñada lucha de Italia invitando a la *unification* y no a la *centralization* preveía un programa de revolución *política* republicana seguida de la elección por sufragio universal de una asamblea constituyente. Por contra, resalta asimismo en los escritos periodísticos de Engels y Marx, para quienes Democracia y Comunismo eran prácticamente sinónimos, que el movimiento del proletariado debería derrotar a las *middle classes* de Inglaterra y Alemania ya que, como en el caso de los demócratas polacos, la revolución habría de tener carácter *social* y no sólo político y nacional. Si en su país los polacos estaban convencidos de la necesidad de emprender una batalla por la plena e incondicionada propiedad de las tierras, que se hallaban en manos de la nobleza, a fin de crear un comunismo agrario, paralelamente la lucha contra la burguesía no sólo en Alemania sino también en Inglaterra, y mejor antes en este país, debía conducir al proletariado a hacer estallar la revolución derrotando a la burguesía y dando lugar a la *ruling class*.

Para Mill la lucha en Inglaterra contra los privilegios nobiliarios (que en los años 20-30 había llevado a la campaña, aparentemente sólo económica, contra los límites al mercado de granos, y de seguida tuvo el objetivo explícitamente político de estorbar a la descentralización validez absoluta mientras los nobles propietarios gobernasen la tendencias del voto), ni debía cesar después del 48, ni requería de una revolución.

Este planteamiento resulta en una visión de conjunto, críticamente elaborada en las controversias con impugnadores, científicos de la política, sobre todo franceses, tras la que no pretende encubrir una expectativa ideológica interesada en específicas luchas por la conquista del poder, sino que atiende al contexto de las fuerzas y de las ideas

¹³ MASTELLONE, S. «“Northern Star”, Fraternal Democrats e Manifest der Kommunistischen Partei», en *Il pensiero politico*, XXXVII, 1, gennaio-aprile 2004, pp. 32-59.

en las situaciones sociales de los hombres históricos y reales sin perder de vista el norte de las posibilidades de educación general, que lejos de agotarse en esquemas basados en la escolarización o sobre la experiencia del hacer político, se alza a mirar las potencialidades más útiles y provechosas ofrecidas por la alta cultura y por la autoeducación moral en la responsabilidad de cada uno.

Tocqueville discrepará respecto de la influencia benthamiana y radical sobre el valor de la centralización como capaz de “igualizar” las condiciones eliminando los privilegios, pues aun habiendo compartido hasta el fin del primer viaje a Inglaterra y por el de América la observación de que la política centralizadora hace más iguales, le concederá sin embargo una connotación negativa frente a la salvaguardia de la libertad personal y de la autonomía electiva. La conciencia de la necesidad de la lucha contra los privilegios nobiliarios en un país que no tenía necesidad de revolución permanecía invariada en Mill quien así contribuía a que Tocqueville se reafirmase en la idea de que los ingleses se reunían autónomamente con miras a objetivos comunes no por efecto del ardor hacia altos fines de libertad, sino por egoísmo o, en el mejor de los casos, por una repugnancia hacia las visiones generales y por el *goût de chez-sois*.

Si el capítulo tercero de la segunda *De la Democratie* (en el que se demuestra «que les sentiments des peuples démocratiques sont d'accord avec leurs idées pour les porter a concentrer le pouvoir») termina con la aserción: «je pense que, dans les siècles démocratiques qui vont s'ouvrir, l'indépendance individuelle et les libertés locales seront toujours un produit de l'art. La centralisation sera le gouvernement naturel», más adelante asumirá, con relación a Inglaterra, un punto de vista milliano: las clases inferiores se empeñan en destruir la independencia local y trasladar la administración desde la periferia al centro en tanto que en el caso de los Estados Unidos ciudadanos iguales «ont pris à l'aristocratie d'Angleterre l'idée des droits individuels et le goût des libertés locales; et ils ont pu conserver l'une et l'autre, parce qu'ils n'ont pas eu à combattre d'aristocratie»¹⁴. Si la revolución democrática tiene lugar a través de un lento proceso, al inicio de la lucha de clases el pueblo se esfuerza por centralizar la administración pública a fin de remover y erradicar a la aristocracia de los asuntos locales; luego, la vencida aristocracia promueve y contribuye a un resultado similar por temor a una tiranía popular. Persuadido de que la extrema centralización del poder político termina por debilitar a la sociedad y menoscabar al propio gobierno, y de que los factores modernos de la centralización eran el desarrollo industrial y la expansión de los cometidos públicos, el autor detallará algunos remedios tales como el empleo de funcionarios electivos y de jefes administrativos de segundo nivel.

¹⁴ *De la Démocratie en Amérique*, cit., pp. 303 e 306.

La ambiciosa investigación de una teoría del gobierno en relación con la general ciencia social que Mill tenía en mente y a cuyo planteamiento Tocqueville tuvo el mérito de colaborar con sus estudios, aunque no de satisfacer, no le impedirá definir –en un ensayo de 1837 sobre Armand Carrel– a *De la Démocratie en Amérique* como el texto más representativo y la más alta expresión del espíritu de la nueva cultura francesa, así como el recensionar con atención y esmero tanto la primera como la segunda parte de aquella obra.

En la primera recensión, dedicada a la parte por entonces aparecida de *De la Démocratie en Amérique*, Mill aún albergaba dudas acerca la posibilidad de arrebatar a la aristocracia el gobierno local en Inglaterra, aunque coincidirá con Tocqueville en considerarlo como la escuela y la válvula de seguridad de la democracia. Si la formación política consiste en adquirir hábitos, únicamente practicando un gobierno democrático, incluso si a escala limitada, aprenderá el pueblo a ejercerlo a lo grande.

De cualquier modo, una efectiva participación en la gestión del poder local tampoco estaría automáticamente garantizada desde el supuesto de instituciones locales representativas democráticamente elegidas. Tal privilegio había sido recientemente concedido a las ciudades más importantes, pero la situación de los distritos rurales resultaba bastante más compleja. Mill reconocerá que en ellos la población se encontraba más atrasada y era incapaz de elegir funcionarios para la gestión de las cárceles y vías públicas: «that is still left where the feudal system left it, in the hands of the great proprietors; the tenants at will, so dear to aristocracy, being though qualified to take a share in no elections save those of the great council of the nation»¹⁵.

El progreso político de la humanidad no siempre describe una línea recta y Mill veía en los consejos elegidos por el pueblo para llevar a cabo la gestión de las federaciones de parroquias, organizados según las leyes sobre pobres, un buen germen para la representatividad popular a los fines de la administración comunal.

A continuación de haber leído la segunda parte de *De la Démocratie en Amérique* Mill admitirá que ella es «a great achievement» que había cambiado la concepción misma de la filosofía política al no limitarse sólo a sondear las tendencias de la moderna sociedad, sino por haber incidido en sus últimas y más profundas causas¹⁶. El detallado análisis, contenido en la segunda recensión, expresa en síntesis la gran estima y alto nivel crítico entre ambos autores: para Mill la igualdad de condiciones produce diferentes efectos en sociedades distintas y la democracia es cuestión de tiempo, lugar y circunstancia, incluyendo en ello una crítica histórica a la aristocracia, en tanto que Tocqueville ter-

¹⁵ MILL, J. S. «De Tocqueville on democracy in America», *London Review*, I, 1835, October, en ID., *Collected Works*, XVIII, *Essay on Politics and Society*, 1, ed. Robson, J. M., University of Toronto Press, Toronto, 1977, p. 63.

¹⁶ MILL, J. S. «M. de Tocqueville on Democracy in America», *Edinburgh Review*, 1840, October, en ID., *Dissertations Political and Historical*, Longmans, London, 1875, II, pp. 1-83, poi in *Essays on Politics and Society*, cit., pp. 153-204.

mina haciéndola coincidir con el avance de la civilización. A propósito de la centralización queda de manifiesto la coincidencia en la tesis de que en Francia la *equalization* de las condiciones tras la Revolución no había estimulado el interés del pueblo hacia los asuntos públicos, de manera que se encomendó al gobierno central no sólo la completa administración local sino también –añadía Mill– gran parte de lo que en países como el nuestro llevaban a cabo asociaciones privadas. Ahora, en su país, la participación directa e indirecta de la gran masa en las decisiones políticas se había expandido y aún se ampliaría más de forma que el poder de las clases elevadas disminuía en tanto que aumentaba el de las clases medias y bajas; el gobierno de Inglaterra iba progresivamente transformándose «from government of a few, to the government, not indeed of *the* many, but of many: from an aristocracy with a popular infusion, to the *régime* of the middle class»¹⁷. Ello no empece el que Tocqueville tuviera razón al reconocer que las principales garantías de la libertad de los americanos residían no tanto en la elección por sufragio popular del presidente y del congreso, cuanto más bien en la administración por parte del propio pueblo de una gran mayoría de los asuntos concernientes a la sociedad, llegando incluso a sus aspectos más prosaicos y detalles más fastidiosos. Abrir y distribuir todo lo más posible entre el pueblo el cuidado de los asuntos públicos, por consiguiente crearle esa práctica, era el único medio de habilitarlo en el ejercicio de algún poder sobre el legislativo; se trataba de un principio general que Tocqueville había concluido observando la educación del pueblo americano obtenida a través de las instituciones políticas y mediante el cual recordaba a todos que la vida no era un teorema sino un problema, y que se aprendía a resolver con la acción.

Seguidamente al debate franco-inglés continuará entre Mill y los franceses una discusión que hallará expresión precisa entre 1860 y 1862. El fundamento teórico de las reflexiones millianas relativas a la centralización sustancialmente no varía de la mitad de los años 30 al comienzo de los 60. El hilo de Ariadna para llegar a él moviéndose en el laberinto de los datos empíricos, observaciones particulares y amables críticas dedicadas a otros autores, se encuentra constituido a partir de la confianza alcanzada por Mill tras la crisis juvenil en que el individuo en sus decisiones sabe, o puede, superar un mezquino utilitarismo a través de la ciencia y la moral, y que cuando se asocia con otros para obtener fines de progreso válidos para la sociedad en su conjunto logra objetivos que liberan las cualidades de cada uno y conducen asimismo (como en las asociaciones para el cumplimiento de las leyes contra la crueldad hacia los animales) a un comportamiento completamente desinteresado. La descentralización fundada en la necesidad de prever junto a la representación nacional también la municipal y provincial contribuirá como método más apropiado a que el gobierno de los asun-

¹⁷ «M. de Tocqueville on Democracy in America» *cit.*, in *Dissertations*, *cit.*, p. 21; en *Essays* *cit.*, p. 176.

tos públicos acreciente el espíritu público y el desarrollo intelectual reservando al legislativo local toda potestad de dirección, y al ejecutivo la efectiva gestión de la administración. Las cautelas, en todo caso, no están ausentes: el poder puede estar descentralizado, el saber sirve únicamente si está centralizado y por otra parte, entre los fines principales de la administración local no debería figurar la enseñanza. La hipótesis de un Estado semejante, ligero, con ágil estructura de controles y de articulaciones centrales, se circunscribe básicamente al ejecutivo y otorga plena libertad de dirección al legislativo. La posibilidad de que las *élites* de un país emerjan para situarse en ese plano, como por encima del local, haciéndose cargo de una instrucción desinteresada, metodológicamente crítica y abierta, es siempre el instrumento privilegiado enfocado a un fin sólo rara vez alcanzable. La opinión pública, local o nacional, siempre quedará como recurso de crítica libre, aunque también ella misma en tránsito hacia una difícil meta de elevación.

Siguiendo el debate francés a lo largo de los diez años siguientes al golpe de Estado Mill se convence de que ciertamente al despótico gobierno de Napoleón III le corresponde el mérito de haber difundido la conciencia de que en sexagésimo segundo año de lucha por la libertad el propio sistema social y los usos nacionales de Francia habían hecho posible que el país retrocediera a un estado de servidumbre política. La idea política ahora dominante da a ver cómo «liberty is a more precious thing than equality; that equality in slavery makes slavery still more slavish; and that a people are not and cannot be free, unless they have learn to dare and do for themselves [...] in the practice of daily life: that a government which is allowed to meddle in everything, lets its forms be never so free, is at all times little different from a despotism». El asunto es éste: la centralización comporta dos cuestiones, una relativa a los límites que separan la esfera del gobierno de aquella de la acción individual y espontánea, la otra concerniente a los límites entre el gobierno central y el local. A falta del interlocutor francés preferido, esto es, de Toqueville, Mill opta por discutir el problema de la descentralización con Odillon Barrot, cuya obra había alcanzado considerable eco en Europa, y con Dupont White, con quien mantenía directas relaciones de estudio y que fue traductor al francés de sus ensayos *On liberty* y *Considerations on Representative Government*.

A juicio de John Stuart Mill, Odillon Barrot en su obra *De la centralisation*, fechada a 1861, denuncia en el sistema administrativo francés los excesos de la centralización sin poner en riesgo la espléndida unidad de Francia, la que asimismo cabría construir a través de la contribución de un gobierno fuertemente descentralizado, pero que sólo podría consolidarse mediante la libertad¹⁸. Odillon Barrot rechaza una centraliza-

¹⁸ En abril 1862 en «Edinburg Review» Mill discutía las obras ODILLON BARROT, M. *De la Centralisation et de ses Effets* (Paris 1861) y de DUPONT WHITE, M. *L'Individu et l'État* (2.ª ed. Paris 1858) y *La centralisation; Suite à l'Individu et l'État* (Paris 1860).

ción que por medio de la confusión entre poder espiritual y poder temporal conculque la libertad de conciencia y de culto, y que por motivos de tutela o de orden público opere un control preventivo sobre los derechos colectivos e individuales, como cuando gestiona y administra los asuntos de los ciudadanos por medio de sus agentes con el nombramiento de síndicos, recaudadores, maestros de escuela y hasta guardas rurales. Se opone a la intromisión en las finanzas locales con el avalúo de las ganancias y a la interferencia en la contratación de trabajos públicos. Considera excesiva la centralización que niega a los ciudadanos todo recurso contra los inviolables agentes del Estado, sustraídos a los tribunales ordinarios con fallos emitidos desde el centro. Éste se hace a veces con la propiedad de los hospitales, de los ayuntamientos, de los grandes ferrocarriles, de las compañías de seguros.

El individuo arriesga entonces la condición de autonomía.

Pero también Dupont White, que parte de premisas favorables a la injerencia del Estado, resulta a juicio de Mill no tan alejado en sus conclusiones, especialmente desde el punto de vista práctico, de las observaciones de Odillon Barrot, sobre todo por la crítica a la dispensa para los oficiales del gobierno de sometimiento a los tribunales de justicia. La imposibilidad de hacer comparecer o encausar a un funcionario público por algún acto ilegal de poder sin el previo consenso del gobierno a través del consejo de estado es definida como *enormity* por Dupont White.

Con todo, el amigo francés excusa la prolongada persistencia histórica de esta costumbre con la transparencia durante treinta años de gobierno constitucional, y con la publicidad inherente a las instituciones representativas como garantía práctica contra sus males. No obstante, al margen del agrado de Mill por la virtual condena de Dupont White hacia el gobierno de Napoleón III, le parecía que aquél sólo deseaba proteger el cuerpo de la nación de la arrogante opresión de los jefes de estado, pero que no reparaba en la gravedad de la vivencia de esclavitud experimentada por los ciudadanos, temblorosos ante el más insignificante de los oficiales públicos.

Del juicio de Mill emerge una implícita acusación: en la obra recensionada aparece únicamente el interés por la libertad política, y queda del todo pendiente de abordar la cuestión de la separación de la esfera del gobierno de la de los derechos individuales; efectivamente, Mill advierte que también después de la carta de 1830 durante los dieciocho años del reinado de Luis Felipe el gobierno francés fue incapaz de renunciar al derecho exclusivo de «to judge in its own cause».

Que el Estado sea árbitro de los egoísmos y que proceda estableciendo leyes para la protección de los legítimos derechos de los particulares y frente a las diferentes situaciones de egoísmo entre ellos, resulta para Mill una tesis compartida y asumible, pero concretamente inaceptable si se vincula a la idea de que la protección y defensa del débil por el fuerte comporte en el proceso civilizatorio una siempre mayor incidencia del Estado en la vida de todos.

La tesis de Dupont White arranca de la cuestión social: el Estado no puede abandonar a las clases redimidas dejándolas a merced de los abusos de los ex patronos; se hace necesario siempre ejercer nuevas precauciones y llevar a cabo actos de tutela (*guardianship*) para garantizar la adquisición de la propiedad por parte de los ex esclavos de las colonias y de los siervos rusos.

La tesis de Mill es opuesta: el Estado puede eximirse de una minuciosa supervisión, de una prevención capilar liberando a los oprimidos, ofreciendo su justicia de una vez por todas. Pero es principalmente lo relativo a la «accession of strenght and of attributios» al Estado provocada en nombre de la civilización por la exigencia de corregir el abuso nacido de la superioridad natural, lo que el inglés, fuente de las opiniones de casi todos los pensadores de su país, ataca en el francés.

El Estado tiene el deber de abolir las desigualdades artificiales de las que él mismo es autor, pero en absoluto el de intervenir para corregir las desigualdades naturales que mejor haría en cultivar en su positividad y hasta alentar. Es necesario luchar a fin de que en una sociedad libre cada cual cultive sus cualidades recogiendo los frutos de su ejercicio. En definitiva, Mill se pone de parte de quienes no admiten que el Estado deba ocuparse de las desigualdades naturales. Su planteamiento es asertivo: apunta hacia la autonomía que la costumbre inglesa favorece, y vale la pena recordar que tal concepto viene madurado en los diálogos del 35 con Tocqueville y expresado en los *Principles of Political Economy* del 48. Así, escribe que «though the progress of civilisation is costantly requiring new to be done, it also multiplies the cases in which individual or associations are able and willing to do them gratuitously. Our author, having pointed out many needful things which would never be done by the mere self-interest of individuals, does not seem to be aware that anything can be expected from their public spirit: apparently because public spirit in this farm is almost entirely stifled in the countries with which he is most familiar, by the centralisation which he applauds»¹⁹.

El análisis de detalle que sigue devana este hilo.

El espíritu público afecta de manera espontánea a cometidos públicos: los botes de salvamento, evidente materia pública, se proveen por particulares a través del instrumento típico de autonomía, las asociaciones voluntarias, a las que también se debe la educación de los pobres a gran escala. La munificencia individual o las suscripciones privadas se ponen en marcha para diferentes fines, como expediciones navales con fines científicos o filantrópicos, y las instituciones privadas han impartido instrucción durante siglos, gratuitamente, a amplias capas populares en muchas partes del mundo. No sólo en obras de utilidad pública, sino también respecto a objetivos excepcionales

¹⁹ MILL, J. S. *Centralisation* (título conjunto para la discusión de las obras de Odillon Barrot y Dupont White) en Id., *Collected Works*, XIX, *Essays on Politics and Society*, 2, ed. J. M. Robson, University of Toronto Press, Toronto, 1977, pp. 579-616.

como la adquisición de un territorio para la colonización o el comercio, el esfuerzo de realización procedió del gobierno. Mill recuerda la conquista de la India llevada a cabo para Gran Bretaña por una compañía del *Merchant adventures* dando jaque a Francia, que habría podido lograr aquel imperio, que fue después británico, si el gobierno central hubiese dejado en paz a Dupleix y Bussy remitiendo a los individuos y no al Estado el asunto.

Acerca del papel del Estado, que ha de ser el más limitado posible, el punto de vista milliano permanece inmutable: el gobierno no sólo debe respetar y hacer respetar las libertades individuales, sino que habrá de promoverlas haciendo así fermentar las posibilidades de crecimiento que una sociedad madura alberga. En el ensayo *On liberty*, publicado en 1859, pero preparado desde mucho antes, el libre desarrollo de la individualidad, esencial al bienestar humano y condición de civilidad, instrucción, educación y cultura, se encontraba ya articulado en las formas de libertad de conciencia, de preferencias y de elecciones y, por consiguiente, de asociación; ahora es a través de esta última que Mill explicita una respuesta positiva para discrepar de la centralización. En efecto, si *On liberty* miraba a la defensa de la libertad en la sociedad para el individuo y para su propia vida social, cualquiera fuera su forma de gobierno, en la discusión con los franceses viene a ocupar el primer plano en el orden político. En las casi contemporáneas *Considerations on Representative Government* (1861), el enfoque político del texto lleva al autor a retomar reflexiones ya expuestas con anterioridad. En la primera recensión a *De la Démocratie en America* la abstracta libertad de expresar y someter a discusión las propias opiniones para adelantar en el ámbito del conocimiento, trasladada al plano político, pasa a ser libertad de adquirir la experiencia insustituible en la gestión directa de la cosa pública, por entonces aún en sus inicios en Inglaterra. El autogobierno en sede local permite a la actividad política desarrollarse, como en la participación en un *laboratorio de cultura política*, dirá en las *Considerations*.

En líneas generales Mill siempre sostuvo, desde el inicio de los años 30 en adelante, que las libertades constitucionales, distintas en el tiempo, espacio y circunstancia, incrementan la cultura política de los ciudadanos de manera que se creaba un círculo virtuoso entre el conocimiento de los propios intereses y las obligaciones hacia la colectividad y la participación en el gobierno de la cosa pública. Vio ya en la exigencia de un cambio de las viejas formas de gobierno en toda Europa el esfuerzo por adecuarlas a un *civilized man*, pero situaba la cuestión de sustituir a las desacreditadas instituciones y doctrinas no en el conocimiento superficial, obra de la edad presente, sino en la elevación científica y moral. En Inglaterra dispuso siempre de mayor libertad pero peor organización, a diferencia de otros países que gozaron de menor libertad pero de superior organización. Parece que del 35 en adelante madura y se hace patente en los *Principles of Political Economy* el imperativo de mirar a una mayor organización de la vida polí-

tica en el compromiso hacia el bien común, sin perder de vista la relevancia y la conciencia de libertades individuales e intereses y obligaciones de grupos asociados. Llegará luego el momento de ofrecer en concreto una serie de sugerencias y explicitaciones, entre las que destacarán las relativas al tema de la descentralización, discutiendo sobre todo con los teóricos franceses y acerca de las ideas emergentes en Europa tras el golpe de Estado de Napoleón III.

Así, no bastará con la participación en los asuntos de la comunidad ciudadana, en calidad de jurados en la administración de la justicia, como tampoco será suficiente la lectura (o escritura) de los periódicos locales u otro tipo de instancias, porque no habitúan a la acción. Las asambleas públicas locales, además de decidir si sus miembros serían elegidos de modo rotativo a la hora de asumir funciones ejecutivas y el número de ciudadanos implicados en las tareas con misiones específicas, ojalá pertenecientes a las clases más desventajadas (a las que las clases elevadas, no interesadas en las tareas locales, dejarían sin dificultad espacio), aportarían grandes progresos a la cultura cívica y política. Este principio se revela en las *Considerations* eje del tratamiento de un problema más amplio y, a su vez, derivación de precedentes reflexiones.

«It is necessary, then, that in addition to the national representation, there should be municipal and provincial representations»²⁰: he aquí el primer axioma a tener presente.

Los límites de la acción del gobierno se encuentran de modo constante en la mente de Mill; escribe por tanto con cautela que, exceptuadas las funciones que no deberían ser desarrolladas por ninguna autoridad pública, existe en fin un «so great and various an aggregate of duties, that, if only on the principle of division of labour, it is indispensable to share them between central and local authorities»²¹. Excluye el sistema vigente –que en algunos estados de la Nueva Inglaterra ha obtenido resultados, se dice, mejores respecto de cuanto hubiera podido imaginarse– en la medida en que se halla vinculado a circunstancias particulares y reconoce poco funcional el uso inglés de subparlamentos incompletos y mal organizados. Afronta el tema de la necesaria constitución de los órganos locales de representación estableciendo dos objetivos: ante todo, determinar de qué modo los asuntos locales puedan ser mejor abordados, teniendo en cuenta que las funciones locales van desempeñadas por específicos encargados y que el control popular sobre los funcionarios debe producirse a través de un órgano independiente. De manera que es preciso también establecer que sean los habitantes del lugar y no los parlamentarios, o el gobierno, quienes determinen la nómina de los empleados, establezcan el control de las funciones y acuerden, cuanto menos, una suma para pagar la actividad pública local.

²⁰ MILL, J. S. *Considerations on Representative Government* (1861), en *Id., Collected Works*, XIX, *Essays on Politics and Society*, 2, cit., p. 535.

²¹ *Ibidem*, p. 534.

El segundo objetivo consiste en hallar el método más apropiado para obtener que «how its transaction can be made most instrumental to the nourishment of public spirit and the development of intelligence»²².

Los organismos electivos deberían descansar sobre una amplia base democrática, tanto sea para la representación nacional como local, donde los peligros de inmisión del elemento popular son pocos y muchas las ventajas de la difusión de la cultura política.

La principal función de las autoridades locales ha de ser imponer las tasas y administrarlas de forma que quien no pague pueda ser excluido del ejercicio del sufragio activo, mientras que quien tenga en juego intereses económicos más notables posea una influencia mayor y proporcional a través del voto plurinominal. Desde un punto de vista teórico a Mill no le preocupaba la abstracta cuestión de la presencia de miembros no electos; ciertamente alabará el reciente experimento de los consejos de los *Boards of Guardians* compuestos por una asamblea electiva ampliada a los jueces distritales de paz, presentes *ex officio* y poseedores de una cultura superior, lo que les permitía presentarse como virtuales representantes de una clase con diferentes intereses, capaces de mantener a raya los intereses de los arrendatarios y pequeños comerciantes, mayoría entre los electos. Distinta valoración recibirán las asambleas provinciales existentes, ejemplo negativo de la permanencia de una poderosísima clase aristocrática por medio de una exclusiva presencia en las sesiones trimestrales de los jueces de paz, llamados a cumplir además de las funciones judiciales también las administrativas del país. Reaparece aquí de nuevo la consabida aversión de ascendencia radical hacia el privilegio aristocrático que había empujado a Mill a oponerse a la descentralización tradicional que, por el contrario, sí atrajo a Tocqueville. Aquellos cuerpos no resultaban electos ni nominados en un sentido moderno, ya que el derecho de nominación pertenecía a la corona, que únicamente se servía de él para excluir a quien pudiera ocasionar desorden o alimentase algún ideario político *non grato*. «The institution is the most aristocratic in principle which now remains in England» y «it is clung to with proportionate tenacity by our aristocratic classes», además de contraria «all the principles which are the foundation of representative government»²³.

Sus razones son, en primer término, que, como los señores feudales de quienes han heredado el cargo, los jueces de paz ejercitaban las funciones relevantes de las que se encuentran investidos recurriendo a sus ayudantes; en segundo lugar, que, a diferencia de la Cámara de los Lores, la asamblea provincial –por sí misma y sin la participación de un órgano popular– decidía el destino del dinero público y deliberaba acerca de otros intereses públicos de importancia. En lo demás, también la coparticipación en un consejo de condado de miembros de oficio y de miembros electos suscita la oposición de Mill que, conside-

²² *Ibidem*, p. 535.

²³ *Ibidem*, p. 537.

rando relevantes los intereses del condado, valora como fácil para los señores terratenientes obtener una regular elección al consejo de modo no diferente a como la obtienen al Parlamento.

«For the honest and frugal dispensation of money forms so much larger a part of the business of the local, than of the national body, that there is more justice as well as policy in allowing a greater proportional influence to those who have a larger money interest at stake»²⁴. Por paradójico que pueda parecer, Mill apoya un principio de utilidad a lo Bentham, el principio de la comunidad de intereses, que guía la mano y que es el único pensamiento de los electores cuando designan las asambleas locales, en tanto que lo considera perjudicial aplicado como única referencia para la representación nacional. La representación local debe saber ajustar los intereses comunes, pues toda ciudad, grande o pequeña, los tiene particulares y generales respecto de todos sus habitantes. Mill prevé un único consejo comunal para toda ciudad que con sus barrios participa del mismo interés común y sostiene los gastos. Las iglesias están garantizadas por la gestión independiente de las parroquias mientras pavimentación, iluminación, alcantarillado, reglamentación de los transportes y del mercado deben ser gestionados de manera homogénea para el conjunto los barrios ciudadanos. La ciudad de Londres no ofrece un modelo compatible, debido a su división en cinco o seis distritos independientes, que obstaculizan la adopción de reglas comunes para asuntos de relevancia ciudadana tal como la modernidad que la actividad empresarial reclama.

Un único consejo debería proveer a la gestión local sin tampoco fragmentarse en numerosos cuerpos dedicados a problemas diferentes, sino confiando a un solo responsable o a varios centros las operaciones que le requieran, siguiendo para ello el modelo estatal de varios departamentos en los que se distribuyen las competencias del poder ejecutivo local. La división, válida para la actividad ejecutiva, no está recomendada para la función de control. El cuerpo electo se auxiliará de funcionarios especializados y capaces y controlará colegiadamente el trabajo exigido según una perspectiva de conjunto y con amplio alcance.

«The local like the national Parliament, has for its proper business to consider the interest of the locality as a whole, composed of parts all of which must be adapted to one another, and attended to in the order and ratio of their importance»²⁵. En conclusión, como para la valoración de la cualidad de competencias nacionales, Mill expresa una previsión general realista sobre la imposibilidad de un nivel alto o muy grande de competencia en quien se ocupa de la cosa pública. Se distinguen y diferencian, sirviéndose de diversas competencias y sensibilidades, aquellos casos en los que el *laboratorio de cultura política* registra maestros (inteligencias superiores) al lado de aprendices (cabezas mediocres). Si ello no se verifica y el nivel permanece bajo, la escuela no resulta útil

²⁴ *Ibidem*, p. 536.

²⁵ *Ibidem*, p. 538.

sino perjudicial, y degenera en la satisfacción de intereses egoístas, asimismo ilícitos. Dispersas observaciones y desperdigados comentarios llenos de realismo connotan el discurso milliano que igualmente en las apostillas parte siempre de las cosas por hacer, de las personas en las que es posible fiar un compromiso y una respuesta, y no de una arquitectura institucional. Es difícil implicar en quehaceres locales personalidades de relieve imponiéndoles pesadas cargas que les obliguen a manejarse entre maniobras especulativas o deberes onerosos en términos de tiempo y energía. Para llevar a cabo lo que es posible, bastará buscar la oportunidad de atraer al menos algunas de las figuras más representativas de una ciudad poniéndolas en contacto con individuos de menor cultura, si bien dotados de conocimientos siquiera elementales, obteniendo de este modo contribuciones inteligentes e iluminadoras.

El autor es restrictivo también en lo tocante a la extensión de la descentralización: una simple aldea no dispondrá de derecho a formular una representación municipal, ni entrará a formar con otras una circunscripción más amplia, mientras que distritos con actividades comunes e idénticas necesidades resultan ciertamente acreedores de tal derecho. En igual medida las grandes vías de comunicación, las cárceles o la policía serán administradas por una circunscripción abarcadora de todo un condado, si bien respecto a la administración de los tributos, de acuerdo a la legislación sobre los pobres, será delimitado un territorio no más amplio que la unión distrital, de acuerdo a lo ya previsto por las normas promulgadas.

Al parlamento local, órgano de control, le estará encomendado uno de índole ejecutivo que designará a los funcionarios delegados para desempeñar una específica tarea de la que ninguno será único responsable. En particular, las nóminas y el control de los funcionarios competará al alcalde, elegido entre los integrantes del consejo municipal, y a su vez sujeto a confirmación mediante elección anual, que caso contrario lo removerá del cargo. Este sistema, diferente del americano de elección popular de funcionarios de todo tipo, como inspectores de trabajos públicos, personal sanitario o recaudadores, evitaría casos donde quienes realizaran tales cometidos podrían verse influidos por un sentimiento de benevolencia hacia quien tuviera familia a su cuidado u otras dificultades o situaciones similares.

La actualidad de las conclusiones millianas se manifiesta en la pregunta que él mismo se formula a fin de poner en claro no sólo las atribuciones de los gobiernos locales, sino también con objeto de establecer «what should be their duties, and whether they should have full authority within the sphere of those duties, or should be liable to any, and what, interference on the part of the central government»²⁶.

Si no cabe duda que la pavimentación, iluminación o limpieza de calles pueden no interesar el gobierno, funciones como las cárceles (encomendadas a los ayuntamientos), la policía y la administración

²⁶ *Ibidem*, p. 541.

local de la justicia, que asimismo conciernen personalmente a ciudadanos y son sufragadas con fondos locales, también implican cuestiones de interés nacional. Al Estado no compete sólo la política exterior; a la autoridad central corresponde garantizar la igualdad ante la ley, la seguridad de las personas y de sus bienes. Funcionarios locales desarrollarán tareas impuestas por el Estado y serán vigilados por inspectores gubernativos. Si la justicia, las cárceles y la policía son al mismo tiempo cuestiones locales y cuestiones generales han de ser entonces gestionadas mediante reglas homogéneas, «there is also business, such as the administration of the poor laws, sanitary regulation, and others, which, while really interesting to the whole country, cannot consistently with the very purposes of local administration, be managed otherwise than by the localities. In regard to such duties, the question arises, how far the local authorities ought to be trusted with discretionary power, free from any superintendence or control of the State»²⁷. Sin embargo, la opinión pública local, en cuanto más atenta y alerta, es capaz de realizar un más eficaz control sobre los funcionarios enviados por el gobierno a actuar localmente. Lo que no quita que los principios inspiradores de los sistemas administrativos están reservados al gobierno central, que dispone de un personal mejor adiestrado y de estudiosos competentes por saber y por experiencia, nacional e internacional.

El poder puede estar descentralizado, «but knowledge, to be most useful, must be centralized»²⁸. Es además deber del poder central precisar las reglas generales sobre el reparto de los impuestos y respecto a la normativa de elección de las personas que merecen estar presentes no por conducto del ejecutivo (que puede sólo expresar pareceres y críticas), sino a través del parlamento en leyes que también prevean desde penas para los infractores hasta sobre la disolución de las administraciones locales. Las conclusiones del tratamiento relativo a la centralización aparecen más reducidas sobre la efectiva posibilidad de descentralización y más preocupadas por un declive o retroceso cualitativo de la vida social; Mill, en efecto, precisa que la educación de los ciudadanos, tanto social como política, no es el principal objetivo de la administración, sino otros diferentes.

Por otra parte, las instituciones electivas favorecen la relación con la cultura, útil sólo si se aspira al conocimiento y si existen buenos maestros. Como para la educación de la juventud, igualmente para la educación indirecta a través de la política, han de evitarse soluciones extremas semejantes a hacer que sean los alumnos quien señalen las tareas escolares, tal que en el gobierno de Charles de Rémusat, o de abstenerse el gobierno de toda acción, y tampoco indicar como debería procederse, al modo de «a school in which there is no schoolmaster, but only pupil-teachers who have never themselves been taught»²⁹.

²⁷ *Ibidem*, p. 542.

²⁸ *Ibidem*, p. 544.

²⁹ *Ibidem*, p. 545.

Si tales preocupaciones impidieron a Mill convertirse en ciego agente de la descentralización, estuvo al igual que Tocqueville plenamente convencido que tal tendencia habría de convertirse en una elección obligada en la edad del florecimiento de la *civilization*, y sobre esta idea se alistó a la batalla contra los franceses. «All the functions of Government which do not consist in affording legal protection, are in reality greatest when civilisation is at the lowest», aunque «in an advanced stage of civilisation», los caminos, los canales, colectores de aguas, regadíos, los bancos, las escuelas, el fomento de las artes, las letras y las ciencias, «are better done by voluntary associations [...] though we do not deny that, when so done, they create a necessity for new laws, inasmuch as all new good which arises in the world must be expected to bring new evil as its accompaniment»³⁰. Dupont White, aparte el error de no captar qué era propiamente la centralización, que tanto aplaude, para aplastar el espíritu público en los países como Francia donde aquélla tuvo su cuna, comete también el de admitir un presupuesto no demostrado: que «the government is an embodiment of the *élite* of the nation». A tal propósito Mill declara con claridad: la exclusión del despotismo de uno sólo, de una clase o de una casta, mediante gobierno electivo, libertad de prensa y respeto de las opiniones de la nación no es suficiente, y aquí coincide con el francés.

Dupont White en *L'Individu et l'État* señala que si un gobierno no deja abierto a la libre discusión el entero espectro de la política, de la religión y de la filosofía, no será el que corresponda a su teoría³¹, de manera que –objeta Mill– presume virtualmente que bajo el gobierno a ella correspondiente «the persons at the head of affairs will be the choice spirits of the community. But this state of things is a mere ideal, to be unremittingly scriven for, but seldom with any approach to attainment». El inglés llega a considerar que la aproximación más cercana a él se produce en las grandes crisis nacionales «which impose silence on petty jealousies, frighten away the herd of mediocrities from the arena, and call forth the great souls in all their strength»³².

De las expresiones de Mill, siempre bastante duras, especialmente en el artículo sobre la centralización, hacia el posible ciego dominio del poder local (sojuzgados por niños pequeños), no cabe sin embargo extraer la conclusión de que su preferencia fuera la de un supremo y absoluto control de la autoridad central que aventajara o hiciera de menos al primero, porque como también él mismo nos aclara es precisamente sobre la cuestión del modo y la medida en que «the central executive should cooperate with the localities in the control of local affairs», donde se juega la solución del problema³³.

³⁰ MILL, J. S. *Centralisation*, cit., p. 603.

³¹ *L'Individu et l'État*, cit., p. XLIV.

³² *Centralisation*, cit., p. 604.

³³ *Ibidem*, p. 606.

Mill nos presenta la iluminada opinión inglesa de los estudiosos como hostil a una efectiva gestión centralizada de los asuntos locales. La centralización que en ella se aprueba es antes la del conocimiento y la experiencia, que la del poder. Recuerda que en Inglaterra la legislación más reciente había asociado la autoridad central con la local en medida mucho más grande que en el pasado, y la justifica con la característica de una época que reforma los abusos y depura responsabilidades entre quienes, personas o instituciones, han cometido un error. Rebate lo afirmado por Dupont Withe acerca de que Inglaterra centralizó el socorro de los pobres: «he is perhaps not aware that the relief of the poor in England is not central, but local, under central supervision; and that the Poor Law of 1834, which established the Central Board, also created the first tolerably-constituted Local Boards of Poor Law Administration which England has ever possessed»³⁴. Brevemente añade que la prudente opinión inglesa no resultaría satisfecha con la modesta concesión del *veto* y de la *iniciative* a la autoridad local, que, por el contrario, posee completa discrecionalidad y no soporta interferencia de clase alguna a menos que contravenga las indicaciones del Parlamento. Tanto Dupont Withe como Odillon Barrot consideraban los consejos generales de los departamentos la única eficaz *introduction* que en Francia había arraigado bien. Mill aceptaba la observación asimilándolos a las sesiones judiciales trimestrales que en Inglaterra iban ampliando las competencias para dejar a las parroquias casi exclusivamente asuntos propios de la iglesia y, por ejemplo, construyendo los *chemis vicinaux*. Como igualmente sostuvo en las *Considerations on Representative Government* se inclina por los consejos representativos más extensos, ayuntamientos (con muy numeroso censo de electores) y condados, ya que –y durante la polémica lo asevera con precisión– no es necesario conceder poco poder a los cuerpos locales después de haberlos constituido demasiado *too insignificant*. Es preciso respetar la costumbre de la mayor parte de las pequeñas ciudades de no tener ni siquiera carta municipal («are not corporate») y, además, se puede encomendar –admite en el ensayo *Centralization*– la mayor parte de los asuntos de las ciudades de media dimensión, y de las Uniones por la ley sobre pobres (los entes más pequeños con derecho a obtener una representación local), a las juntas de jueces o a combinaciones entre este cuerpo y un Consejo representativo del condado. Cuanto más se amplía el poder y el derecho a nombrar funcionarios vinculados a la superintendencia por parte del gobierno en la administración local, tanto más aumentan los riesgos para la libertad. Aquí recurrirá Mill al parecer de Royer Collard «one of the highest French authorities on constitutional government», de quien recoge un extenso pasaje escrito durante el gobierno Villéle en el que se demuestra que en las elecciones el ministerio en un sistema centralizado resulta con gran diferencia siempre favorito («who votes at elections? The electors? No:

³⁴ *Ibidem*.

very often it is only the ministry») del voto de los encargados y asalariados seleccionados por su comprobada docilidad, del de todos los ciudadanos ligados a instituciones locales, religiosas, civiles, militares y científicas, que temen por su puesto, y del de aquellos interesados en la construcción de puertos, carreteras, puentes, canales «since the satisfaction of every public want is a favour of the administration, to attain which, the public, a courtier of a new description, must *please*»³⁵. El poder de corrupción (*bribery*) es comparable al de una autocracia declarada: un gobierno *over centralized* es únicamente controlable por una revolución pues no es derrotable mediante reprobación electoral, como así demuestran los casos de Francia en el 30 y 48. En Inglaterra semejantes males son repelidos por la costumbre nacional, convincente y dichosa, de no fiarse del gobierno.

Por último, Mill expresará su desacuerdo con la siguiente afirmación de Dupont Withe: «if liberty is a principle of moral elevation, it is because it means power» y un hombre libre está exaltado por el poder sobre sí mismo, «but, if so, how can the supreme power, with all the careers, all the horizons which it opens, all the sentiments which it awakens, fail to be a principle of exaltation analogous and even superior to liberty?»³⁶. Desde la óptica milliana el amor al poder es la pasión más perversa, y el poder de coerción y restricción sobre los demás una trampa; el amor a la libertad es por el contrario altruismo y la libertad de cada uno no apoya sino en la igual libertad de todos los demás. Sin embargo, y a diferencia de lo anterior, leerá con satisfacción en el texto francés un reproche enfático, que nunca hubiera cabido esperar en una apología de la centralización: la denuncia de un sentimiento arraigado en el espíritu francés, la unidad: «“Unity”, says M. Dupont-White, “is but another word for intolerance”»³⁷. Mill puntualiza que se trata de una palabra procedente del sofocante gubernamentalismo de la «Imperial school, is one of the curses of Europe. It stands for the negation of the main determining principle of improvement, and even of the permanence of civilisation, which depends on diversity, not unity. “One God, one France, one King, one Chamber”, was the exclamation of a member of the first Constituent Assembly. Sir Walter Scott appended to it is an appropriate commentary, “one mouth, one nose, one ear, and one eye”»³⁸. Confiriendo eficacia irónica al comentario, Mill concluye la maldad de imponer un modelo único de comportamiento para los «affairs of mankind» con sometimiento de todos a una voluntad particular.

Trad. de JOSÉ CALVO GONZÁLEZ

³⁵ *Ibidem*, pp. 607, 608.

³⁶ DUPONT WHITE, M. *L'Individu et l'État*, cit., p. 21.

³⁷ DUPONT WHITE, M. *La centralisation*, cit., p. 188.

³⁸ MILL, J. S.. *Centralisation*, cit., p. 613.

John Stuart Mill y la Violencia de Género: las trampas de la educación diferencial

Por JUANA MARÍA GIL RUIZ¹
Universidad de Granada

«Ningún hombre ni mujer que posee medios de vida o que puede ganárselos con su trabajo, precisa más protección de la que la ley podría y debería darles», TAYLOR, H., capítulo VII «Del futuro probable de las clases trabajadoras» en MILL, J. S., *Principios de Economía Política con algunas de sus aplicaciones a la filosofía social*.

RESUMEN

Hoy, tanto como ayer, la violencia de género sigue erigiéndose en lacra social por antonomasia. De hecho, la preocupación por los malos tratos aparece más que presente a lo largo de la obra de los Mill, lo que viene a demostrar que cuando hablamos de Violencia de Género no hablamos de un fenómeno social nuevo, propio del contexto del siglo XXI, sino de un mal silencioso en lo privado y silenciado por lo público. En este artículo abordaremos las distintas dimensiones de la Violencia de Género, no sólo centrado en el contexto familiar; analizaremos las propuestas y paradojas ofrecidas por John Stuart Mill para superar la desigualdad inter-géneros; y destacaremos la influencia de su pensamiento en el debate sobre el modelo de educación diferencial en la España de la época.

Palabras clave: *John Stuart Mill y Harriet Taylor; Violencia de Género; Educación diferencial; Propuestas educativas.*

¹ mjgil@ugr.es.

Este trabajo forma parte del proyecto *John Stuart Mill (2006). Actualidad del paradigma utilitarista en la Política y el Derecho*, HUM2004-05983-C04-04, Dirección General de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología.

ABSTRACT

Today as yesterday, gender violence continues to be a cancer in society. In fact, concern about mistreatment of women is present in Mill's work, showing that when we speak of domestic violence we speak not of a new social phenomenon, of the XXI century, but of an evil silent in private, and silenced in public throughout history. This article tackles the different dimensions of gender violence, not focused only in the family; it analyses the paradoxes and proposals put forwards by John Stuart Mill to overcome the inequality inter-gender; and it underlines as well the influence of this thought in the debate of differentiated education in the Spain of this time.

Key words: *John Stuart Mill and Harriet Taylor; Gender Violence; Differentiated Education; Educational proposals.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA VIOLENCIA DE GÉNERO: UNA LACRA SOCIAL DE AYER Y DE HOY.—III. ANÁLISIS, PARADOJAS Y PROPUESTAS DE MILL.—IV. LAS TRAMPAS DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIAL.—V. LAS PROPUESTAS EDUCATIVAS HACIA LAS MUJERES EN LA INGLATERRA VICTORIANA.—VI. LAS PROPUESTAS DE EDUCACIÓN DIFERENCIAL EN LA ESPAÑA DE FINALES DEL SIGLO XIX: LA INFLUENCIA MILLEANA.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Celebramos el segundo centenario del nacimiento de un pensador, John Stuart Mill quien, a juicio de uno de sus contemporáneos, Odysse Barot², «es el piloto intelectual de nuestro siglo (XIX), el nombre que contribuyó, más que otro alguno de esta generación, a marcar rumbo al pensamiento de sus contemporáneos. Quizá no ha inventado nada, no ha creado sistema alguno, y la mayor parte de sus ideas fundamentales se derivan de sus predecesores, pero lo ha transformado todo, y ha cambiado la dirección de la gigantesca nao del humano espíritu».

Prueba de la extraordinaria actualidad del pensamiento milleano, pasados dos siglos, sin duda la encontramos en el ensayo más atrevido e innovador de este autor: *The Subjection of women* (1869).

Desde entonces hasta ahora, y tal y como ha sido señalado por Alice Rossi, «este ensayo —*La Sujeción de la mujer*— permanece casi

² Palabras recogidas por Barot en *Historia de la literatura contemporánea de Inglaterra* y citadas por PARDO BAZÁN, E., en «Stuart Mill», *Nuevo Teatro Crítico*, año II, núm. 17, mayo, 1892, pp. 41-76. Este artículo sirvió de Prólogo a la traducción en castellano de la obra de J. S. Mill, *The Subjection of Women* y que ésta publicaría en la Biblioteca de la mujer, tomo II. Texto también recogido en: PARDO BAZÁN, E., *La mujer española y otros escritos*, Ediciones Cátedra, 1999, pp. 215-230.

único como análisis intelectual de la situación de la mujer, y como llamado a una acción política para lograr la igualdad entre los sexos»³. Éste, junto a *La demanda*⁴ de Thompson y Wheeler, constituyen los primeros ensayos rigurosos y arriesgados escritos por hombres con respecto a la infame situación de subordinación legal y real de las mujeres. «Se trata –en palabras de Elizabeth Cady Stanton–, en efecto, de la primera respuesta de un hombre que se muestra capaz de ver y sentir todos los sutiles matices y grados de los agravios hechos a la mujer, y el núcleo de su debilidad y degradación»⁵.

³ Vid. Rossi, Alice S., «Sentimiento e intelecto. La historia de John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill», estudio introductorio de la obra de John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill, *Ensayos sobre la igualdad sexual*, ediciones de bolsillo Península, Barcelona, 1973, p. 14.

⁴ THOMPSON, W., WHEELER, A. (1825), *La demanda de la mitad de la raza humana, las mujeres, contra la pretensión de la otra mitad, los hombres, de mantenerlas en la esclavitud política y, en consecuencia, civil y doméstica*, Editorial Comares, Colección Los Argonautas, núm. 6, Granada, 2000. Su origen parte de una crítica mordaz a la grave incoherencia en que incurre James Mill en su obra *Sobre el gobierno*, en que excluye a las mujeres de los derechos políticos. Dice así: «Una cosa está bien clara, que todos los individuos cuyos intereses están indiscutiblemente incluidos en los de otros individuos pueden ser excluidos de los derechos políticos sin inconveniente alguno. Desde esta perspectiva puede considerarse a todos los niños, hasta una cierta edad, cuyos intereses están incluidos en los de sus padres. Y también respecto a las mujeres puede considerarse que los intereses de casi todas ellas están incluidos o bien en los de sus padres o bien en los de sus esposos». Para un estudio crítico de esta obra, así como el cotejo de algunos de sus aspectos más significativos con los de la obra milleana, véase GIL RUIZ, J. M., «La recuperación de un clásico de la teoría utilitarista-feminista: la demanda de Thompson y Wheeler», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35, 2001, pp. 305-314.

⁵ Estas palabras fueron dirigidas a John Stuart Mill, por una de las feministas más prestigiosas dentro de la historia del movimiento en Norteamérica, tras la lectura del ensayo *La Sujeción de la Mujer* de 1869. «Terminé el libro con una paz y una alegría que nunca antes había sentido». Vid. LUTZ, A., *Created Equal: A Biography of Elizabeth Cady Stanton*, John Day Company, Nueva York, 1940, pp. 170-171. No olvidemos que E. C. Stanton, una de las pioneras del feminismo estadounidense, organizó en 1848, en compañía de L.C. Mott, en Séneca Falls, el primer Congreso en defensa de los derechos de la mujer. Este evento, así como otros –La Convención de Worcester (1850)– fueron ampliamente comentados por los Mill en su correspondencia privada, así como se refieren a éstos en el inicio y al final del ensayo *La emancipación de la mujer* de Harriet Taylor Mill (1851). Merece la pena la transcripción de parte del texto: «Quizás muchos de nuestros lectores se enterarán por estas páginas de que en la parte más civilizada e instruida de los Estados Unidos ha surgido un movimiento sobre un nuevo asunto; nuevo, no para los pensadores, ni tampoco para ninguno de los que sienten y reconocen los principios de un gobierno libre y popular, sino nuevo, y aun inaudito, como tema de asambleas públicas y de la acción política práctica. Este asunto es: la emancipación de la mujer, su admisión, de derecho y de hecho, a la igualdad, en todos los derechos, políticos, civiles y sociales, con los demás ciudadanos de la sociedad»; vid. TAYLOR MILL, H., *La emancipación de la mujer*, en MILL, J. S. y TAYLOR MILL, H., *Ensayos sobre la igualdad sexual*, editorial Península, Barcelona, 1973, p. 117. Existe otra versión más reciente, con el mismo título, en la editorial Cátedra, Colección Feminismos, Madrid, 2001, p. 119, que se acompaña de un estudio introductorio muy riguroso de Neus Campillo que invitamos a leer. Nosotros utilizaremos la versión de 1973, aun cuando en determinados fragmentos sigamos la versión de 2001 por razones de una mejor traducción y comprensión del texto.

No obstante, la obra de Mill dedicada a denunciar la situación de subordinación de las mujeres no ha sido considerada tan fundamental como otras, ya que pese a ser citada por los estudiosos de Mill, sin embargo no suele incluirse dentro de las colecciones de sus ensayos sobre libertad e igualitarismo. Éste es el caso de la colección editada por Max Lerner, *Essential Works of John Stuart Mill*, Bantam Books, Nueva York, 1961, que incluye la *Autobiografía*, *Sobre la libertad*, *Utilitarismo* y *La utilidad de la religión*, y que al excluir a *La Sujeción de la mujer* nos hace imaginar que no se la consideró una de las obras esenciales del pensamiento milliano.

Este curioso desinterés también es denunciado por Carrie Chapman Catt, en el prefacio a una edición americana de *La Sujeción de la mujer* cuando afirma que: «Durante algunos años el libro ha permanecido sin ser editado, y sus páginas han quedado ignoradas de aquéllos que mejor deberían conocerlas. Una nueva edición es un acontecimiento digno de ser celebrado, y su accesibilidad para las masas resultará de incalculable valor para el movimiento»⁶.

Pero junto a la publicación *The Subjection of Women* (1869), otros trabajos completan el debate sobre la Igualdad sexual, con sus virtudes y limitaciones, mantenido por J. S. Mill y su compañera intelectual H. Taylor y que enriquecen la reflexión milliana. Nos referimos a los famosos *Ensayos sobre el matrimonio y el divorcio*⁷ que Harriet Taylor y J. S. Mill se escribieron mutuamente (1831-1832), así como un librito –como Mill lo calificaría– publicado en 1851 en la *Wetsminster Review*, titulado *La emancipación de la mujer* y cuya autoría, no exenta de polémica, parece adjudicarse a su esposa Harriet Taylor Mill⁸.

Valga este artículo, pues, como pequeño homenaje de reconocimiento a su postura «pionera» y atrevida de denuncia referente a la situación de subordinación de las mujeres, tanto a nivel teórico como político, aun cuando, anunciemos debilidades en su posicionamiento teórico, consecuencia, probablemente de la estrechez y de los condicionamientos del pensamiento dominante.

⁶ Prefacio de Carrie Chapman Catt a la nueva edición del libro de MILL, J. S., *The Subjection of Women*, Frederick A. Stokes, Nueva York, 1911, p. 15.

⁷ Durante 1831 y 1832, Harriet Taylor y J. Stuart Mill escribieron, el uno para el otro, ensayos sobre la mujer donde se tocaba explícitamente el tema del divorcio y del matrimonio (37 años antes de la Sujeción de la Mujer). Posteriormente tales manuscritos serán recopilados y publicados por primera vez por Hayek en 1951, y forman parte de la colección Mill-Taylor de la British Library of Political and Economic Science.

⁸ Para un estudio detenido sobre la autoría de Harriet Taylor, así como la influencia directa en el pensamiento de Mill, véase GIL RUIZ, J.M., «El debate intelectual de John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill en los Ensayos sobre la Igualdad Sexual», en ESCAMILLA CASTILLO, M. (ed.), *John Stuart Mill y las fronteras del Liberalismo*, Universidad de Granada, 2004, pp. 65-97.

II. LA VIOLENCIA DE GÉNERO: UNA LACRA SOCIAL DE AYER Y DE HOY

Hoy, tanto como ayer, la violencia de género sigue erigiéndose en lacra social por antonomasia, responsable de más del 68% de muertes violentas de mujeres en el mundo, según el último informe de la Organización Mundial de la Salud. En algunos países, como en Francia, se han acuñado nuevos vocablos –La maltraitance– que vienen a enfatizar esta plaga social. Tanta violencia ha llegado a generar en la ciudadanía cierta dosis de alarma social y a plantear multitud de cuestiones en relación al maltrato.

Sin embargo, el «fenómeno» de la Violencia de Género no es nada nuevo. De hecho, la preocupación por los malos tratos aparece más que presente a lo largo de la obra de los Mill, lo que viene a demostrar que cuando hablamos de Violencia de Género no hablamos de un fenómeno social nuevo, propio del contexto del siglo XXI, sino de un mal silencioso en lo privado y silenciado por lo público.

«Nunca faltan mujeres que se quejen del maltrato por parte de sus maridos. Serían infinitamente más si la queja no fuera la mayor de todas las provocaciones para que el maltrato se repita y aumente. (...) En ningún otro caso (salvo el de un niño), después de haberse probado judicialmente que ha sufrido daño, se vuelve a colocar a la persona bajo el poder físico del culpable que lo infligió. En consecuencia, las esposas, incluso en los casos más extremos y prolijos de maltrato corporal, rara vez osan valerse de las leyes hechas para su protección; y si en un momento de indignación irreprimible son inducidas a hacerlo, todo su esfuerzo posterior es revelar lo menos que puedan y suplicar que retiren a su tirano el castigo merecido»⁹. «Ningún colmo de maltrato, sin sobreañadir el adulterio, liberará en Inglaterra a una esposa de atormentador»¹⁰.

Ídem sucede en la actualidad en España, lo que ha motivado una reacción institucional y cambios legales urgentes. Según datos del Ministerio del Interior y de la Secretaría de Igualdad: el número de mujeres asesinadas por su pareja en el año 2004 se eleva a cien; más de dos millones de mujeres españolas sufren anualmente malos tratos físicos –que no psíquicos–; las mujeres que se deciden a denunciar

⁹ MILL, J. S., *The Subjection of Women* (1869), Frederick A. Stokes, Nueva York, 1911, con prefacio a la nueva edición de Carrie Chapman Catt. Las traducciones españolas más destacadas de este ensayo *La Sujeción de la Mujer*, junto a otros ensayos sobre el mismo tema que aparecen compilados bajo el título de *Ensayos sobre la igualdad sexual*, las encontramos en: ediciones de bolsillo Península, Barcelona, 1973, con estudio introductorio de Alice Rossi, y una versión reciente publicada por Editorial Cátedra, Colección Feminismos, Madrid, 2001, con estudio introductorio de Neus Campillo. En esta última versión, ver pp. 163-164.

¹⁰ MILL, J. S., *La Sujeción de la Mujer*, Editorial Cátedra, Colección Feminismos, Madrid, 2001, p. 183.

llevan soportando una media de 10 a 20 años de violencia; sólo se denuncian un 10% de las agresiones; de éstas, el 43% de las víctimas no siempre acuden a juicio; cuando lo hacen, el 45% no siempre ratifica su denuncia; un 11% de este ridículo porcentaje asiste y perdona al agresor; para terminar con el «el vuelta a empezar» al reconocer el 1% que hubo agresiones mutuas.

Sin embargo, los «esfuerzos legales» de ayer y de hoy¹¹ continúan sin conseguir erradicar, ni tan siquiera paliar, las consecuencias del llamado terrorismo doméstico. El propio Mill reconocía el desinterés originario del Derecho en torno al maltrato, y las razones del fracaso legal.

«La ley, que hasta hace poco dejaba casi sin castigo estos extremos atroces de opresión doméstica, ha hecho en los últimos años débiles intentos de reprimirlos. Pero se ha conseguido poco, y no cabe esperar ningún cambio, porque es contrario a la razón y a la experiencia suponer que pueda haber un freno real a la brutalidad compatible con seguir dejando a la víctima en manos del verdugo»¹².

Indiscutiblemente la medida propuesta por Mill resultaba esencial y básica para evitar el reencuentro con el maltratador y la potencialidad de una nueva agresión. No en vano, en la actualidad, más del 60% de los episodios de violencia doméstica con resultado de muerte se manifiestan tras la solicitud de separación conyugal o expresión del desamor. Y conocemos que las razones que explican que una importante ratio de agresiones acaezcan entre cónyuges o parejas de hecho en vías de separación son: la agudización de la violencia o su desencadenamiento al inicio del procedimiento de separación; la no admisión por parte del agresor de que su pareja quiera poner fin a la relación y abandonarlo; y por último, un incremento de la tensión entre ambos al no coincidir en cómo han de regularse las cuestiones económicas y personales tras la separación.

Pero las víctimas mortales de la violencia de género no son más que el símbolo de la lucha por romper con la violencia estructural que reatraviesa a las mujeres en todas las facetas de la vida pública y privada. «En las luchas por la emancipación política –afirma Mill–, todos saben con cuánta frecuencia se compra a sus adalides mediante sobornos o se los intimida con terrores. En el caso de las mujeres, cada individuo de la clase sometida se encuentra en un estado crónico de

¹¹ La Violencia de Género y las víctimas que se cobra anualmente vienen ocupando últimamente un lugar central en el debate social y mediático, y ha impulsado en España una avalancha de reformas legislativas para intentar erradicar esta lacra de devastadoras consecuencias personales y sociales. Desde 1989, año en el que por primera vez se recoge el delito de malos tratos habituales en el antiguo Código Penal español, hasta nuestros días, este «fenómeno social» ha sido reformulado jurídicamente hablando en numerosas ocasiones. La última respuesta legislativa ha sido la controvertida Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de 28 de diciembre de 2004, aprobada, no obstante, por las Cámaras de manera unánime.

¹² MILL, J. S., *La Sujeción de la Mujer*, opus cit., p. 186.

soborno e intimidación combinados. Al levantar la bandera de la resistencia, un gran número de las dirigentes y aún más de las seguidoras deben hacer un sacrificio casi completo de los placeres o consuelos de su suerte individual». Y Mill sentencia: «Si algún sistema de privilegio y sometimiento obligado ha remachado el yugo sobre el cuello de aquéllos a los que mantiene doblegados, es este del dominio masculino»¹³.

Y es que hablamos, sencillamente, de una cuestión de *Poder*, o mejor dicho, de *poder poseer*. Entendemos que el maltrato doméstico se erige sobre la propia violencia ejercida a la mitad de la ciudadanía, retroalimentándola. No nos olvidemos, que «el sistema de género que impone el predominio de los hombres sobre las mujeres y les otorga más privilegios, es una organización social estructurada sobre el poder sexual. Se convierte, así, en una forma de expresión política, si ésta se entiende no sólo como un actividad, sino como el ejercicio del poder. Sólo es posible la existencia de la sociedad patriarcal y de la dominación masculina, porque en su base hay una compleja red de relaciones de poder»¹⁴. Una sociedad que continúe alzándose sobre la adjudicación preasignada y jerarquizada de papeles sociales a hombres y mujeres, esto es, sobre la subordinación estructural de un género, no podrá liberarse realmente, sino todo lo contrario, de las distintas formas de violencia contra las mujeres.

Mill preconizaba dicha tesis al afirmar «Los hombres no quieren únicamente la obediencia de las mujeres: quieren sus sentimientos», y lo contrastaba con la experiencia que enseña que no se trata de una pretensión propia –como a veces, se escucha– de varones poco o nada ilustrados, de baja clase social, sin recursos económicos, y con problemas de alcohol y drogas; idénticas justificaciones sociales, por cierto, esgrimidas en la actualidad¹⁵. «(L)a satisfacción del orgullo –anunciaba Mill– que se logre con la posesión del poder y el interés personal que exista en su ejercicio no se limitan a una clase determinada, sino que son comunes a todo el sexo masculino. (...) El patán ejerce, o va a ejercer, su parte del poder igual que el noble más alto»¹⁶. Y cómo no, la violencia, manifestación de ese deseo de poseer, se ejerce sobre los más débiles, «sobre los que tiene más cerca, con quienes pasa la vida,

¹³ *Ibidem*, p. 160.

¹⁴ Vid. ASTELARRA, J., «Las mujeres y la política», en ASTELARRA, J., (comp.), *Participación política de las mujeres*, Colección «Monografías», núm. 109, Centro de Investigaciones Sociológicas (CSIC), y Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1990, p. 12.

¹⁵ Hoy, al igual que el ayer descrito por Mill, se insiste en buscar idénticas justificaciones sociales al uso de la violencia conyugal tales como el consumo de alcohol, las drogas, la celotipia o el desamor. El orden patriarcal, de este modo, se mantiene y justifica y los episodios de violencia se explican como anomalía. Es por eso que son «una buena excusa para el hombre, una explicación suficiente para la mujer, una adecuada justificación para la sociedad y una atenuante o eximente lícita para la Justicia», vid. LORENTE ACOSTA, M., *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*, Ares y Mares, Editorial Crítica, Madrid, 2001, p. 73.

¹⁶ MILL, J. S., *La Sujeción de la Mujer*, *opus cit.*, p. 159.

con quienes tiene más inquietudes en común y en quienes es probable que cualquier independencia de su autoridad interfiera muy a menudo con sus preferencias individuales»¹⁷.

La violencia de género se asimila, pues, a una forma de discriminación, resaltando su carácter intergrupar, de dominio y subordinación de un género (el masculino) sobre el otro (el femenino). Incluiría todas aquellas agresiones sufridas por las mujeres como consecuencia de los condicionamientos socioculturales que actúan sobre los géneros masculino y femenino, y que se manifiestan –y se han manifestado históricamente– en cada uno de los ámbitos de relación de la persona, situándola en una posición de subordinación al hombre. El propio John Stuart Mill inicia su obra *The Subjection of Women* (1869) reforzando su opinión de que «el principio que regula las relaciones sociales existentes entre los dos sexos, la subordinación legal de un sexo a otro, es malo de por sí y constituye hoy uno de los principales estorbos para el perfeccionamiento humano; y que *debe ser reemplazado por un principio de igualdad perfecta, que no admita poder o privilegio de un lado ni incapacidad del otro*»¹⁸.

Sin embargo, y pese a ser anunciado por Mill en 1869, habrá que esperar –jurídicamente hablando– a 1992 para que la Recomendación General núm.19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer constataste que «La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre» y a que la ONU en la IV Conferencia Mundial sobre la condición jurídica y social de la mujer en Beijing, superando su tradicional dimensión de «problema privado» –que no delito–, reconociera que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Y es que, centrándonos en un contexto de malos tratos *stricto sensu*, desde antaño, determinados comportamientos quedaban relegados al ámbito privado, espacio intocable, donde no regían los conceptos de delito o de derechos individuales. En la jurisdicción doméstica extrajurídica, la figura del pater familias se alza como juez y patriarca, en pos del principio de *fragilitas sexus*, dirigiendo a su mujer e hijos hacia el orden establecido. Ese orden «autónomo» establecido por el varón, *pater familias*, forma parte de la dinámica *natural* de las relaciones intergéneros. Este se erige, *por naturaleza*, en legislador, gendarme y juez de las actuaciones y comportamiento de la mujer e hijos, menores de edad, y sometidos bajo su tutela. Y cualquier alteración de ese orden habitual –ya natural– justifica y legitima la actuación violenta del tutor, no sólo ante los ojos de éste sino de la sociedad misma.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 159-160.

¹⁸ *Ibidem*, p. 155.

Algunos datos actuales, vienen a corroborar dicha tesis: el 46% de la ciudadanía europea entiende que en episodios de violencia doméstica, la mujer ha debido provocar al agresor de algún modo. El 64% de los jóvenes y el 34% de las jóvenes piensa que la violencia es inevitable; y el dato más dramático, el 14% de las mujeres adolescentes cree que la mujer, víctima de la agresión, es culpable de la misma¹⁹.

Mill vuelve a sentenciar, con dotes adivinatorias, la realidad actual: «Siendo el sometimiento de las mujeres a los hombres una cuestión universal, es natural que cualquier desvío de él resulte innatural»²⁰. Dos siglos más tarde, el agresor sigue infligiendo castigo y maltrato porque está firmemente convencido –sin sentirse responsable del hecho en cuestión– de que se vio obligado por el incorrecto comportamiento de la agredida, o que actuó de *motu proprio* en virtud de su facultad correctora y educadora.

III. ANÁLISIS, PARADOJAS Y PROPUESTAS DE MILL

John Stuart Mill es consciente de la trampa de «lo natural». Se pregunta si alguna vez hubo alguna dominación que no pareciera natural a quienes las ejercían²¹. Colocar en una posición de sumisión y de subordinación era tarea fácil. «Surgió –dice Mill– del simple hecho de que desde el primer crepúsculo de la sociedad humana, toda mujer (debido al valor que le otorgaban los hombres, combinado con su inferioridad en fortaleza muscular) se encontró en estado de cautiverio de algún hombre. (Después) las leyes y los sistemas políticos siempre comienzan reconociendo las relaciones ya existentes entre los individuos. Convierten lo que era un mero hecho físico en un derecho legal (...) y quienes ya habían sido obligados a la obediencia se vieron legalmente atados a ella»²².

Sin embargo, como en ningún otro asunto *lo natural* se plantea como construcción de lo cultural, siendo capaz incluso de invadir los sentimientos y la razón de mujeres y hombres. Las primeras porque la fuerza de la educación las conforma en la sumisión y cesión a los otros; los segundos porque tal creencia se encuentra arraigada en los sentimientos, bloqueando cualquier amago de racionalidad²³.

Efectivamente, «(t)odas las enseñanzas morales le dicen que éste es el deber de las mujeres y todos los sentimentalismos, que *ésta es su*

¹⁹ Datos del estudio de la profesora M.^a José Díaz Aguayo, recogidos por LORENTE ACOSTA, M., *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*, opus cit., p. 67.

²⁰ MILL, J. S., *La Sujeción de la Mujer*, opus cit., p. 162.

²¹ *Ibidem*, p. 161.

²² *Ibidem*, pp. 153-154.

²³ Según Mill, la dificultad para afrontar la problemática de la relación de dominación de los hombres hacia las mujeres estriba en que se pugna contra una multitud de sentimientos muy arraigados, y no en los fundamentos de la razón. *Ibidem*, p. 149.

naturaleza: vivir para los otros; renunciar completamente a sí misma y no tener más vida que sus afectos. Y por sus afectos se entienden sólo los que se le permite tener, los dedicados al hombre con el que está unida o a los hijos con lo que constituyen el lazo adicional e irrevocable entre ella y un hombre»²⁴.

Probablemente ésta sea una de las constantes –y una de las claves– que siguen manteniéndose en el contexto de sumisión intergéneros que venimos examinando. La mujer, en la actualidad, sigue conformando su subjetividad en torno a un modelo hipotecado de identidad: una identidad *dependiente de la dependencia de los demás*. Y para Dio Bleichmar, «esta identidad del yo-en relación –es decir, que sólo se adquiere el sentimiento de identidad en la medida en que se establece un vínculo– supone un problema de primera magnitud y una fuente de permanentes conflictos para las mujeres, con características diferenciales con respecto a los hombres»²⁵.

Quizás la pregunta que se hace Mill sigue estando vigente: ¿Cabe dudar que cualquiera de los otros yugos que la humanidad ha logrado romper habrían subsistido hasta ahora si hubieran existido los mismos medios y se hubieran utilizado con tanta diligencia para doblegar las mentes?²⁶.

Pensamos que «sólo a través de la inducción en la mujer de barreras internas (autolimitación, dependencia, autonegación, autorrenuncia...) se consigue que las barreras impuestas externamente (represión de libertades, obstáculos en su acceso al poder...) sean aceptadas y acatadas, es decir, sean eficaces»²⁷.

Parece claro que el primer paso para intentar romper con el mito de «la subordinación natural» entre los géneros pasaba por eliminar la falacia de la «naturaleza» y la adjudicación preasignada de papeles según sexo. Este primer paso, como señala Mill, diferencia una reflexión racional «Moderna» de los dogmas pasados. «Los seres humanos ya no nacen para ocupar un lugar determinado en la vida, ni encadenados por un lazo inexorable al lugar en el que nacen, sino que son libres de emplear sus facultades y las oportunidades favorables que se les ofrezcan para lograr la suerte que les parezca más deseable»²⁸.

Apuesta Mill por «la libertad de elección personal (que) es lo único que procura la adopción de los mejores procesos»²⁹ y lo combina con la competencia para hallar –sin que ninguna autoridad, ni el Derecho lo predetermine– la persona capaz y más apta para realizar determinadas funciones. Pero, dicha tesis, rompedora por otra parte, exigía por

²⁴ *Ibidem*, p. 164.

²⁵ DIO BLEICHMAR, E., *La depresión en la mujer*, Temas de Hoy, Colección Vivir Mejor, Madrid, 1999, pp. 56-57.

²⁶ MILL, J. S., *La Sujeción de la Mujer*, *opus cit.*, p. 165.

²⁷ POAL MARCET, G., *Entrar, quedarse, avanzar. Aspectos psicosociales de la relación mujer-mundo laboral*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1993, p. 150.

²⁸ MILL, J. S., *La Sujeción de la Mujer*, *opus cit.*, p. 166.

²⁹ *Ibidem*, p. 167.

coherencia un paso más dirigido a la educación libre y sin prohibiciones de las niñas y en consecuencia la apertura del mercado laboral. «(S)i el principio es acertado, debemos obrar ajustándonos a él y no decretar que nacer niña en lugar de niño, más aún que nacer negro en lugar de blanco, o plebeyo en lugar de noble, decidirá la posición de la persona a lo largo de toda la vida, le vedará todas las posiciones sociales más elevadas y todas, menos unas cuantas, las ocupaciones respetables»³⁰.

Y es que efectivamente, Mill dedica la primera parte de su Ensayo a derrocar la vieja idea de asignación de papeles sociales en atención a la naturaleza. De hecho, no «tiene provecho alguno afirmar que la *naturaleza* de los dos sexos los adapta a sus funciones y posiciones presentes y las hace apropiadas para ellos»³¹, cuando ni siquiera es posible determinar con precisión cuáles son las diferencias naturales entre los dos sexos³², es decir, entre dos seres considerados morales y racionales.

Ningún hombre puede arrogarse la facultad de prescribir cuál es o no la vocación de las mujeres. Ahora, –en la sociedad moderna millleana– la cuestión le corresponde a las mismas mujeres: decidir por su propia experiencia y mediante el uso de sus propias facultades³³.

Pero si es verdad que el mito de la «naturaleza» en la sociedad moderna no existe en torno a los sexos, y de que nadie, *a priori*, puede conocer las capacidades de un individuo, sea hombre o mujer, no entendemos muy bien por qué Mill sí está seguro de una cosa: «Podemos estar seguros de una cosa: de que las mujeres nunca harán lo que vaya contra su naturaleza aunque se les dé rienda suelta. (...) Es superfluo prohibir a las mujeres lo que no pueden hacer por naturaleza. (...) Si las mujeres poseen una mayor inclinación natural por unas cosas que por otras, no hay necesidad de leyes o inculcación social para hacer que la mayoría prefiera las primeras a las últimas»³⁴.

Esta misma línea es, sin duda, la que atraviesa otra de las paradojas millleanas por excelencia en torno a su reflexión sobre la igualdad sexual. Las mujeres decidirán «libremente» casarse y, en consecuencia, «cabe entender que escoge la administración de una casa y la crianza de una familia como la prioridad de sus esfuerzos durante tantos años de su vida como se requieran para dicho objetivo»³⁵. Y en este sentido, el trabajo fuera del hogar –sentencia Mill– quedaría prácticamente prohibido para la mayoría de las mujeres casadas, aunque pudieran contarse honrosas excepciones a la regla.

³⁰ *Ibidem*, p. 168.

³¹ *Ibidem*, p. 171.

³² *Ibidem*, p. 173.

³³ *Ibidem*, p. 177. Asimismo, Mill afirma en la p. 191 que «(l)a división no puede ni debe prestablecerla la ley, puesto que ha de depender de las capacidades y disponibilidades personales».

³⁴ *Ibidem*, p. 177.

³⁵ *Ibidem*, p. 200.

Esta paradoja se basa en lo que se ha calificado el mantenimiento de la ficción doméstica, que choca con la crítica que Mill realiza contra el ideal de caballerosidad y el modelo de contrato sexual-familiar, basado en la igualdad, que defiende en teoría. Si es verdad que el autor se lanza en pro de la defensa de la separación de bienes como régimen económico matrimonial deseable, que defiende la sociedad cordial «conyugal» entre iguales, que avisa del peligro de la adjudicación de papeles *por natura*, y de los halagadores teóricos³⁶ que curiosamente pretenden con su discurso paternalista, mantenerlas en la posición de sumisión construida culturalmente, no entendemos muy bien sus argumentos para recolocar a las mujeres en el hogar y encasillarlas en su misión de cuidadoras. Y esta extrañeza se incrementa ante el comentario de Mill que viene a reconocer el porqué las mujeres muestran mayor destreza para las funciones domésticas. «Si las mujeres son mejores que los hombres en algo, sin duda es en su sacrificio por los miembros de su familia. Pero no hago mucho hincapié en ello puesto que se las enseña de forma universal que han nacido y han sido creadas para la abnegación»³⁷.

Si en los Ensayos sobre el matrimonio y el divorcio Mill afirmaba que «el primer paso, e indispensable, hacia la emancipación de la mujer, es que reciba una educación tal que no deba depender ni de su padre ni de su marido para su subsistencia», Mill sorprenderá algunos párrafos más tarde con la siguiente aseveración: «No se desprende de ahí que la mujer deba *de hecho* mantenerse a sí misma porque esté *capacitada* para hacerlo: normalmente *no* lo hará. No es conveniente sobrecargar el mercado del trabajo con un doble número de competidores»³⁸.

Entendemos que apostar por la libertad individual de la modernidad, y por el libre desarrollo de las capacidades significa romper con la conformación de seres humanos hipotecados y castrados. Y que si es cierto que el valor «libertad» es el mínimo de ética pública exigido en el Estado de Derecho Moderno, se deberá centrar todos los esfuerzos en asegurar que ésta exista para toda la ciudadanía, sin distinciones ni niveles, y ello implicará la exigencia previa de igualdad de autonomía, sin ningún tipo de discriminación.

Sin embargo, la razón de no aconsejar el acceso de la mujer al mercado de trabajo no es meramente de política económica, según Mill. Las contradicciones y paradojas milleanas en torno a esta problemática prosiguen a lo largo del Ensayo *The Subjection of Women*. «En un estado de cosas por lo demás justo, no creo que sea costumbre deseable

³⁶ «Por el contrario, una y otra vez nos cuentan que las mujeres son mejores que los hombres los mismos que se oponen totalmente a tratarlas como si fueran tan buenas; así que el dicho ha pasado a convertirse en una cantinela aburrida que pretende poner un rostro halagador a una injuria y se parece a esas celebraciones de la clemencia real que, de acuerdo con Gulliver, el rey de Lilliput anteponía siempre a sus decretos más sanguinarios», *ibidem*, p. 193.

³⁷ *Ibidem*, p. 193.

³⁸ MILL, J. S., *Primeros ensayos sobre el matrimonio y el divorcio*, *opus cit.*, p. 97.

ble que la esposa deba contribuir con su trabajo a los ingresos de la familia». De hecho, «Cuando el sustento de la familia no depende de los bienes, sino de las ganancias, el acuerdo común mediante el cual el hombre gana la renta y la mujer administra el gasto doméstico me parece en general la división de trabajo más apropiada entre las dos personas»³⁹. Esta opinión venía a sentenciar, casi utilizando las mismas palabras, lo defendido por Mill apenas 37 años antes en sus *Primeros ensayos sobre el matrimonio y el divorcio*. Según él, «En un estado de cosas sano, el marido debería poder ganar con un solo trabajo todo lo necesario para los dos, y no sería necesario que la mujer contribuyera a la mera obtención de lo que se requiere para *mantenerse*; redundaría a beneficio de la felicidad de los dos el que su ocupación fuera más bien adornar y embellecer la vida. Salvo en la clase obrera actual, ésta será su tarea ordinaria, si es que tarea puede llamarse puesto que se llevará a cabo mucho más *siendo que haciendo*»⁴⁰. Insiste Mill que: «La educación que *en realidad* deben dar las madres, y que si no se recibe de ellas difícilmente se obtiene con un mínimo de perfección, es la formación de los afectos, de la conciencia y de la totalidad del ser moral. Pero *esta* preciosísima e indispensable parte de *la educación no ocupa tiempo*: no es un oficio, una ocupación y una madre no la lleva a cabo sentándose una o dos horas con un niño para cumplir con su trabajo. La efectúa *estando* con el niño; haciéndolo feliz y, por lo tanto, haciéndolo estar en paz con todas las cosas; contentiendo las malas costumbres desde el principio y amando al niño y haciendo que el niño la ame»⁴¹.

Pero esta postura contradice, nuevamente, su defensa de la libertad individual en otro pasaje de la obra milleana: «Hemos tenido la moral de la sumisión y la moral de la caballerosidad y generosidad; ha llegado la hora de una moral de la justicia... El principio básico del movimiento moderno en moral y en política es que la conducta, y sólo la conducta, da derecho al respeto; que el derecho del hombre a la consideración pública se funda, *no en lo que es, sino en lo que hace*... Está totalmente en desacuerdo con los valores modernos tener situaciones legales predeterminadas; (...) la opción individual es, en la actualidad, nuestro modelo»⁴². Según estas reflexiones, ¿dónde hallamos la comunión entre libertad y libre competencia defendida por Mill no sólo en *The Subjection of Women*, sino en *On Liberty*, o en sus famosos *Principles of Political Economy*?

Esta ambigüedad⁴³ ha sido calificada como el caso «Mill contra Mill», porque si, por una parte, el autor defiende la igualdad de dere-

³⁹ MILL, J. S., *La Sujeción de la Mujer*, p. 200.

⁴⁰ MILL, J. S., *Primeros ensayos sobre el matrimonio y el divorcio*, opus cit., p. 98.

⁴¹ *Ibidem*, p. 99.

⁴² MILL, J. S., *Autobiografía*, Colección Austral, Buenos Aires, 4ª edición, 1948.

⁴³ Cfr. CAMPILLO, N., «J. St. Mill: Igualdad, criterio de la modernidad», en DURÁN, M.A. (coord.), *Mujeres y hombres en la formación de la Teoría Sociológica*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1996, p. 89.

chos y oportunidades de las mujeres, por otra, sostiene que los deberes matrimoniales y maternos son de «libre elección» para las mujeres por el mero hecho de serlo. En palabras de Goldstein, «Es impensable para Mill que los hombres quisieran dedicarse al trabajo de la casa y al cuidado de los hijos (...). La solución es mantener la opinión que enseña a las mujeres que si se casan están eligiendo libremente los deberes del ama de casa»⁴⁴. La desigualdad de oportunidades residirá ahora, no sobre la base del prejuicio acerca de su falta de habilidades, sino en la asunción por parte de las mujeres del papel social que han de cumplir como tales.

La reflexión milleana parece, pues, presa de las tres estructuras que se deberían neutralizar para erradicar la violencia inter-géneros y arribar, en consecuencia, a una ciudadanía plena de las mujeres: la ideología sexual, las normas sexuales y los estereotipos sexuales. La primera de éstas explica el modo y las razones por las que se diferencian los hombres y las mujeres, y adjudican posiciones y valores subordinadores y subordinados. De este modo, ora alegando razones biológicas, ora blandiendo el argumento de las «características naturales» propias de su sexo adscritas al cuidado de la especie, jamás se considerará injusto el que la mujer no acceda al mercado laboral, sino todo lo contrario, se considerará «sano».

La segunda de las estructuras –las normas sexuales– marcará, al unísono con la ideología sexual, la conducta que se espera de las personas de acuerdo a su especificidad sexual. De este modo, Mill determina en su pensamiento –como ya hemos referido– desde la posición de la mujer en el matrimonio, la responsabilidad en el hogar, y hasta el tipo de misión que debe realizar.

Mill también tropieza con la tercera de estas estructuras, sucumbiendo a la trampa de los estereotipos sexuales, esto es, a las percepciones y creencias de que los sexos son fundamentalmente diferentes y la adjudicación de características asignadas a su sexo.

Esta incongruencia milleana marca un límite muy serio al argumento de éste sobre la igualdad, y resulta, paradójicamente, poco analizado y subrayado por los expertos en Mill.

Sin embargo, en nuestra línea de entender dentro de unas coordenadas socio-personales los pronunciamientos –aun paradójicos– de Mill, creemos que probablemente su defensa y mantenimiento de la ficción doméstica proviene, en principio, de sus recuerdos de la infancia. En relación a ello, la única referencia que Mill hace de su madre en su *Autobiografía* es sencillamente triste, y la hace al reflexionar sobre la figura de su padre, James Mill. La culpa de que su padre fuera tan frío, recto y racional –carente de sentimientos– y de que él, en consecuencia creciera «en ausencia del amor y en presencia del terror» recaía, sin duda, en su madre. Y es que «En una atmósfera de ternura

⁴⁴ GOLDSTEIN, L., «Mill, Marx and Women's Liberation», *Journal of the History of Philosophy*, vol. XVIII, núm. 3, July 1980, p. 326.

y de afecto (su padre) hubiera sido sensible y afectuoso; pero su desafortunado matrimonio y sus asperezas de carácter le incapacitaron para crear una tal atmósfera... sus hijos no le amaron ni amaron, con ternura, a ninguna otra persona... Eso que es tan raro en Inglaterra, una madre con un corazón verdaderamente lleno de afecto, hubiera hecho de mi padre una persona completamente diferente y, además, hubiera hecho que sus hijos crecieran amando y siendo amados... Pero mi madre, con las mejores intenciones del mundo, no sabía más que *pasarse la vida matándose de trabajo por ellos*. Todo lo que podía hacer por sus hijos lo hacía, y estaban contentos de ella porque era buena con ellos; pero hacerse amar, respetar y hasta obedecer, requería cualidades que, desgraciadamente, no tenía... Así que crecí en ausencia de amor y en presencia del terror»⁴⁵.

De este modo, lamentablemente, nos encontramos con un ser humano –la mujer, encarnada en el personaje de su *madre*– sin estudios, buena, que «se mata trabajando» para cuidar a sus hijos –seis⁴⁶–, sin posibilidad de acceder al mercado laboral en igualdad de condiciones y de formación que el hombre, y que a su vez, se alza como responsable de las desgracias vitales de los hijos y del marido. Todo ello frente al importante reconocimiento que Mill le dedica a su *padre*⁴⁷, en la *Autobiografía* consciente de que su superioridad mental con respecto a la inmensa mayoría de las gentes de su época se debió al privilegio poco común de haber tenido un padre capaz de enseñarle y dispuesto a sacrificarse y a *dedicarle el tiempo*; o en la *elegía a su difunto maestro*, el fatídico 23 de junio de 1836, en donde afirma que «Hasta los últimos días de su vida su vigor intelectual no dio muestras de abatimiento. Cuando supo que el fin estaba cerca su principal satisfacción pareció ser el pensamiento de que había hecho todo lo posible para hacer el mundo mejor de cómo lo había encontrado; y su mayor tristeza por no continuar viviendo, *no haber tenido tiempo de hacer más*»⁴⁸. *El ser y el hacer* representados en la madre y el padre, en la mujer y en el hombre.

⁴⁵ STILLINGER, J., *The Early Draft of John Stuart Mill's Autobiography*, Urbana, University of Illinois Press, 1961, pp. 183-184.

⁴⁶ John Stuart Mill es el hermano mayor de una familia numerosa de cinco miembros más: su hermano Henry, muerto a la edad de 20 años; George, «su hermano favorito» muerto por suicidio; su hermana Clara, cuatro años más joven que John, Mary Elizabeth, probablemente el miembro de la familia con más personalidad y quien se atrevió a enfrentarse a su hermano mayor; y por último la benjamina, Harriet. De la lectura de la correspondencia privada de John Stuart con sus hermanos, especialmente con Mary Elizabeth, se desprende un talante débil, vulnerable, casi pusilánime de su madre, así como la deteriorada relación con todos ellos. *Vid.* MELLIZO, C., *La vida privada de John Stuart Mill*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, pp. 63-88.

⁴⁷ Estas palabras confirman la profunda admiración de Mill por su recto y rígido padre: «En el ejercicio incansable del poder de influir con miras a promover la libertad y el progreso, no hubo entre los hombres ninguno que fuese capaz de igualarlo; y entre las mujeres sólo una».

⁴⁸ Palabras citadas por MELLIZO, C., en el álbum que contiene la edición de MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, p. 32. Prólogo de Pedro SCHWARTZ.

Las referencias del tiempo y su reconocimiento y valoración son bien distintas. El tiempo de vida de la primera –recordemos que la vida no es más que tiempo–, *el del ser*, se subestima, frente al tiempo del segundo, *el del hacer*, que resulta sobredimensionado.

IV. LAS TRAMPAS DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIAL

Todo ello nos hace reflexionar sobre los rasgos que se conforman en la socialización diferencial de los sexos y en cómo son valorados socialmente; aspectos, curiosamente, profética y prospectivamente adelantados por Harriet Taylor, frente a Mill. La autora, en el siglo XIX ya denunciaba la división de dos esferas –la privada-doméstica y la pública– con la que se justificaba la desigualdad sexual afirmando categóricamente que «La esfera adecuada de todos los seres humanos es la mayor y más elevada que sean capaces de alcanzar. Cuál sea ésta no puede averiguarse sin una completa libertad de elección». Asimismo, se separa de Mill y de su ficción doméstica al afirmar que «interferir de antemano mediante un límite arbitrario y declarar que sean cuales fueren el genio, talento, energía o fuerza mental de un individuo de determinado sexo o clase, no ejercerá esas facultades o únicamente las ejercerá en unos pocos de los muchos modos en los que se permite a otros utilizar las suyas no es sólo una injusticia para el individuo y un detrimento para la sociedad, que pierde algo que no le sobra, sino también el modo más eficaz de establecer que en el sexo o clase así encadenados no existan las cualidades que no se permite ejercitar»⁴⁹.

Critica las razones alegadas por los expertos economistas –como Mill– quienes manifestaban la «inconveniencia de añadir más competencia a la presión ya excesiva en toda clase de empleos profesionales o lucrativos» para mantener a las mujeres al margen de la esfera laboral matizando, en primer lugar, que «este argumento no alcanza a la cuestión política. No da ninguna excusa para rehusar a las mujeres los derechos de ciudadanía. No se refiere al sufragio, a la integración en los jurados, a la admisión al cuerpo legislativo y a los cargos públicos. Sólo atañe al ramo industrial del asunto». Continúa afirmando que aun en el supuesto de que trabajando hombres y mujeres decayeran los salarios, es preferible este estado de cosas que elevaría «la posición de la mujer de sierva a la de compañera» y le permitiría no ser «tratada con el mismo desprecio y tiranía de la que, aunque pueda

⁴⁹ Hemos preferido utilizar aquí la versión aportada por la editorial Cátedra, por entender que la traducción de dicho texto es más clara. De cualquier modo, podrá encontrarse dicho párrafo en la p. 127 de la editorial Península. Vid. TAYLOR MILL, H., *La concesión del derecho de voto a las mujeres*, en MILL, J. S., y TAYLOR MILL, H., *Ensayos sobre la igualdad sexual*, editorial Cátedra, Colección Feminismos, Madrid, 2001, pp. 126-127.

trabajar duramente como una criada doméstica, depende de un hombre en cuanto a su subsistencia». Para terminar, categórica, afirmando que «mientras la competencia sea la ley general de la vida humana, es una tiranía excluir a la mitad de los competidores. Todos los que han llegado a la edad de la autonomía tienen igual derecho a que se les permita vender cualquier clase de trabajo útil de que sean capaces, por el precio que este trabajo valga».

Harriet Taylor tampoco comparte el resto de las razones alegadas para mantener a las mujeres apartadas del mercado laboral: la incompatibilidad de la vida activa con la maternidad y los cuidados de la casa; y su supuesto efecto endurecedor sobre el carácter. En este sentido, la autora rompe con la mística de la feminidad y con la maternidad. «No es necesario ni justo hacer imperativo a las mujeres que han de ser madres o nada; o que si una vez han sido madres, no serán nada más durante el resto de sus vida. (...) Decir que las mujeres deben ser excluidas de la vida activa porque la maternidad las descalifica para ello es decir en realidad que se les debe prohibir cualquier otra trayectoria a fin de que la maternidad sea su único recurso»⁵⁰. La fusión mujer-maternidad nos recuerda, incluso, la teoría de Diderot⁵¹ de adjudicación y ubicación del alma en atención a la potencial fertilidad femenina: en la niñez, en los pies; en la pubertad, en el sexo; en la madurez, su extinción en la nada.

No obstante, la reflexión roussoniana salta en nuestros días, como impregnó el pensamiento de buena parte de los teóricos de la educación de la época. «¿No es una forma de razonar muy sólida ofrecer por respuesta excepciones a las leyes generales tan bien fundadas? Las mujeres, decid, no siempre tienen niños. Cierto, *pero su destino propio* es tenerlos. ¡Cómo! Porque haya en el universo un centenar de grandes ciudades en que las mujeres, viviendo *en medio de la licencia*, tienen pocos niños, ¿pretendéis que el estado de la mujer es tener pocos?»⁵².

La autora se alarma y denuncia los peligros de una educación diferencial de asignación de roles que incapacitaría a los seres humanos para ciertas funciones que era lo que se pretendía desde las concepciones que defendían que cada sexo ocupara un ámbito: moldear a los individuos según los patrones predesignados, según sexo. A la mujer le corresponderá *el ser*, y *el hogar* como esfera de acción y lugar de pertenencia frente *al hacer* y *al mundo*, aspectos sólo anejos al papel que al hombre le toca desempeñar⁵³. Por lo tanto, y como también

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 129-131.

⁵¹ DIDEROT, *Les Bijoux indiscrets*, en *Oeuvres de Diderot*, Bibliothèque de la Pléiade, Texte établi et annoté par André Billy, Editions Gallimard, 1951, capítulos XXIX y XXX.

⁵² ROUSSEAU, J.J., *Emile ou De l'éducation*, Classique Garnier, Paris, 1961; o en *Oeuvres Complètes*, vol. III, Seuil, 1971. Existe traducción al español, *Emilio o De la educación*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 490.

⁵³ El Opúsculo de Maréchal aclara poéticamente el lugar y la misión que le corresponden al hombre y a la mujer

sabía Mill, «No es la ley, sino la educación y la costumbre, lo que produce la diferencia»⁵⁴.

Dos siglos más tarde creemos que el problema sigue recayendo en la subjetividad⁵⁵ de las mujeres. Para Bleichmar, «esta identidad del yo-en relación –es decir, que sólo se adquiere el sentimiento de identidad en la medida en que se establece un vínculo– supone un problema de primera magnitud y una fuente de permanentes conflictos para las mujeres, con características diferenciales respecto a los hombres»⁵⁶. Frente a ello, al hombre se le presupone que es; y al educarlo en el tener-hacer se completa un modelo político competente. La mujer nunca será, o nunca será lo suficiente, y al no estar instruida para el tener-hacer, nunca estará preparada para actuar activamente en el mundo público. Todo ello impulsa a la mujer a caer en un círculo vicioso que la obliga a funcionar conforme a los cánones establecidos: hacer lo que la sociedad, lo que los demás quieren que haga⁵⁷. Y aquí radica el peligro. Pero a su vez, hoy tanto como ayer –el de Mill–, la mujer educada básicamente en el ser –característica de lo privado– se enfrenta a un mundo que –paradójicamente– requiere y valora el hacer y el tener –características de lo público–, propio de la educación del hombre⁵⁸.

«El águila altiva trae el trueno;
En los cielos tiene su morada.
La paloma roza la tierra,
Y no está hecha más que para el amor».

Nos referimos a la obra de Sylvain Maréchal, demócrata radical, revolucionario y anticlerical, titulada *Proyecto de una ley que prohíba aprender a leer a las mujeres*. Se trata de un proyecto de ley ficticio aun cuando posee una formulación exacta a cualquier proposición de ley. Se publicó en París, en las ediciones Massé, en 1801 bajo las iniciales S** M**. Aun cuando un título así pueda sugerir que se trata de una mera «provocación inocua», sin embargo, el hecho de que posteriormente se reeditara en 1841 en Lille y en 1843 por Gustave Sandré, alias Adolphe Ricard, quien había editado diversas obras sobre mujeres, nos hace tomarnos muy en serio «la inicuidad» del articulado de dicho opúsculo.

⁵⁴ MILL, J. S., *Primeros ensayos sobre el matrimonio y el divorcio, opus cit.*, p. 95.

⁵⁵ «En resumen, frente a las arraigadas concepciones sobre el carácter biológico, corporal, de las diferencias que se observan entre los sexos, la tendencia actual de las investigaciones subraya el papel capital que cumplen las concepciones imperantes sobre qué significa ser mujer y ser hombre en la creación de esas diferencias. Las chicas y los chicos no nacen tan diferentes, pero llegado el momento de la vida piensan y sienten de forma diferente; más adelante, se quejan de forma diferente: unas se deprimen y otros se alcoholizan», *vid. DIO BLEICHMAR, E., La depresión en la mujer*, Temas de Hoy, Colección Vivir Mejor, Madrid, 1999, pp. 56-57.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 78-79.

⁵⁷ Algunas de estas reflexiones, centradas en la problemática actual de anorexia y bulimia que aqueja, especialmente, a mujeres jóvenes, las hallamos en GIL RUIZ, M. R.; BARRANCO CASTILLO, E., «Los trastornos de la conducta alimentaria en las mujeres y su influencia sobre la salud reproductiva», *Inv. Clínica*, vol. V, núm. 4, octubre-diciembre de 2002, pp. 337-342.

⁵⁸ GIL RUIZ, J. M., *Las políticas de igualdad en España: avances y retrocesos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Instituto Andaluz de la Mujer, Granada, 1996, p. 256.

V. LAS PROPUESTAS EDUCATIVAS HACIA LAS MUJERES EN LA INGLATERRA VICTORIANA

Existe un tipo de dominio suave, sutil, que nos recuerda la autora, viene «asegurado no mediante golpes, ni mediante cerraduras y vallas, sino inculcando cuidadosamente ideas, sentimientos en el espíritu; en la relación quedaron cada vez más implicados también sentimientos de bondad e ideas de obligación, como los que un superior debe a los inferiores que tiene bajo su protección»⁵⁹.

Harriet Taylor abunda en el tema de la educación y alerta a Mill de las propuestas de los reformadores moderados –como Ruskin⁶⁰– que inspirados en Rousseau, Fénelon⁶¹, o Comte entre otros, abogan por facilitar una educación a la mujer dirigida a ser fieles compañeras de sus maridos en pos del más claro principio de utilidad: inspirar a maridos e hijos⁶², inhabilitándolas para el mercado laboral.

Las intenciones roussonianas se vislumbran en este fragmento: «De la buena constitución de las madres depende ante todo la de los hijos; del cuidado de las mujeres dependen también sus costumbres, sus pasiones, sus gustos, sus placeres, su felicidad misma. Por eso, *toda la educación de las mujeres debe referirse a los hombres*. Agradarles, serles útiles, hacerse amar y honrar por ellos, educarlos de jóvenes, cuidarlos de adultos, aconsejarlos, consolarlos, hacerles la vida agradable y dulce; he ahí los *deberes de las mujeres en todo tiempo*, y lo que debe enseñárseles desde la infancia. Mientras no nos atenemos a ese principio nos alejaremos de la meta, y todos los preceptos que se les den de nada servirán ni para su felicidad ni para la nuestra»⁶³. Por el contrario, Mill y Taylor– entienden que ya es hora de educar a las mujeres «para sí mismas y para el mundo, no un sexo para el otro».

No comparten tampoco las razones alegadas por Comte, quien reconociendo la superioridad moral de la mujer, la utiliza como pre-

⁵⁹ TAYLOR MILL, H., *La emancipación de la mujer*, opus cit., p. 136.

⁶⁰ Influyente crítico artístico de su época (1819-1900). A partir de 1860 abandona su línea de crítica artística para centrarse en la crítica social. La redacción de sus primeros cuatro ensayos atacando la economía política es buen ejemplo de esta catarsis. Éstos, bajo el título *Unto this Last: Four Essays on the First Principles of Political Economy*, han sido recientemente traducidos al castellano por Paulino Fajardo y Dolores Mármol, *A este último. Cuatro Ensayos sobre los Principios Básicos de la Economía Política*, ed. Alhulia, Granada, 2002.

⁶¹ FÉNELON, François de Salignac de la Mothe, *Traité de l'éducation des filles*, 1687, en Oeuvres, publ. por LE BRUN, J., Bibl. De la Pléiade, Paris, 1985.

⁶² Hago más las palabras de CAMPOMANES, P. R., de, *Discurso sobre la educación popular de los artesanos*, en REEDER, J. (ed.), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1975, p. 294. El afán por la utilidad de la educación para la vida económica del país dispuso al autor a valorar a la mujer como depositaria de una extraordinaria potencialidad futura.

⁶³ ROUSSEAU, J. J., *Emilio o De la educación*, opus cit., p. 494. El subrayado es mío.

misa para relegarla al ámbito doméstico y subordinarla a la autoridad del varón: «Entre dos seres, en donde se concilia solamente un profundo afecto mutuo, ninguna armonía persistiría si no es porque uno manda y el otro obedece. El más grande de los filósofos, formulando hace veintidós siglos la verdadera teoría del orden humano, decía, con una admirable delicadeza bastante desconocida en él: «la principal fuerza de la mujer consiste en superar la dificultad de obedecer.» Tal es, en efecto, la naturaleza de la subordinación conyugal, la cual resulta indispensable al santo destino que la religión positiva asigna al matrimonio. Es a fin de desarrollar mejor su superioridad moral que la mujer debe aceptar con reconocimiento la justa dominación práctica del hombre»⁶⁴. Y aquí asoma la crítica que Harriet Taylor lanza al ideal de caballerosidad y que también compartirá Mill, aun cuando sea un elemento que conforma la ficción doméstica.

De hecho, el propio Mill califica de vano cumplido y de necedad, el declarar la superioridad moral de las mujeres para después colocarla en una posición de inferioridad, «puesto que no hay otra situación en la vida en la que esté admitido y se considere natural y apropiado un orden de cosas que propugna que los mejores obedezcan a los peores»⁶⁵.

Si para Ruskin⁶⁶ «la mujer está hecha para gobernar, y no para luchar; su intelecto no la predispone a la invención, o a la creación, sino a la dulce ordenación, a la organización y a la toma de decisiones», su educación, en consecuencia, debe dirigirse a cumplir dicha misión y no aspirar a más. De hecho, la erudición excesiva no es buena consejera para la mujer, al igual que –casi parafraseando a Comte– entiende que la naturaleza de la mujer es superior al varón siempre que manifieste ciertas virtudes: «la paciencia», «la capacidad de auto-sacrificio» y el control afectivo. Para Mill, muy al contrario, entiende que este tipo de educación resulta ser el medio utilizado para «esclavizar el espíritu» de las mujeres y conformar más que una esclava, una

⁶⁴ COMTE, A., *Système de politique positive ou Traité de sociologie*, deuxième volume, mai 1852, éditions anthropos paris, Paris, reimpression anastaltique, 1970, tome VIII, chapitre troisième, p. 193. La traducción es mía.

⁶⁵ MILL, J. S., *La Sujeción de la Mujer*, *opus cit.*, p. 231.

⁶⁶ RUSKIN, *Of Queens Gardens*, leída en el Ayuntamiento de Manchester, en 1864, y publicada el mismo año. Un análisis detallado del pensamiento de dicho autor contrapuesto al de J. S. Mill se recoge en MILLET, K., *Sexual Politics* (1969). Existe una reciente traducción en castellano, *Política sexual*, editorial Cátedra, Colección Feminismos, Madrid, 1995. Es posible que buena parte de las ideas de Ruskin en lo que a la educación de las mujeres se refiere, provengan de su infancia, de la posesividad de sus padres y de los ideales de la moral puritana más estricta en los que fue instruido. Tras este duro experimento educativo, Ruskin padeció psicosis maniaco depresivas, la última de las cuales lo obligó a la inactividad y al retiro. Convenido su matrimonio con Euphemia Gray, cuentan que Ruskin huyó en su noche de bodas al comprobar que Effie tenía vello púbico a diferencia de las esculturas griegas por él conocidas. Tras la anulación matrimonial, Ruskin se interesó en lo personal especialmente por niñas, tales como Rose La Touche, católica de 9 años de edad, cuyo amor lo atormentaría hasta la muerte de ésta; o Kathleen Olander, a quien llegaría incluso a proponer matrimonio.

favorita. De hecho «habiendo adquirido este gran medio de influir sobre el espíritu de la mujer, un egoísmo instintivo ha hecho que el hombre se valiera de él a todo trance, como medio de mantener sujeta a la mujer, pintándole la docilidad, la sumisión y la renuncia de toda voluntad individual en manos de un hombre como una parte esencial del atractivo sexual»⁶⁷. Hay una educación que enseña a las mujeres a reprimir las aspiraciones de emancipación y libertad como contrarias al decoro de su sexo⁶⁸.

VI. LAS PROPUESTAS DE EDUCACIÓN DIFERENCIAL EN LA ESPAÑA DE FINALES DEL SIGLO XIX: LA INFLUENCIA MILLEANA

La influencia de las propuestas educativas femeninas británicas, en torno a la educación diferencial, tuvo su eco en España, de la mano del Congreso Hispano-Portugués-Americano de 1892. No en vano, las propuestas de los reformadores conservadores y de los progresistas van muy en la línea de lo sugerido por Ruskin y Mill, respectivamente, pese a las limitaciones ya señaladas. No es difícil encontrar representantes españoles «homónimos» al pensamiento defendido por aquél o, en sentido contrario, al avalado por H. Taylor o J. S. Mill.

De entre los seguidores de la postura conservadora han de destacarse Pérez de la Mata, Romero Blanco, Pérez Fernández, Fernando Calatraveño o González Serrano que se presentan reacios al principio de igualdad entre hombres y mujeres y defienden, especialmente en el Congreso Hispano-Portugués-Americano de 1892, la necesidad de educar a las mujeres para ser fieles y sumisas esposas del varón, alegando diferencias físico-psíquicas y sociales entre ambos sexos, y argumentos de todo tipo –recurriendo incluso a elucubraciones sobre el tamaño del cerebro, que demuestran, según ellos, la inferioridad de la mujer.

Y es que «Ni la educación, ni ningún principio filosófico podría cambiar la índole fisiológica del sexo. Desde el punto y hora en que la mujer es, ante todo y sobre todo, encarnación del amor. Supeditada al genio de la especie (mal que le pese a Doña Emilia), luego que es mujer, es una enferma»⁶⁹.

En este sentido, conceden la posibilidad de que ésta llegue a ser abogada, ingeniera o médica, pero en su hogar. La intervención del Dr. Calatraveño participa de dichos postulados: «...abogada,...interponiendo su valiosa influencia... en favor de sus hijos cuando el padre quiere castigar(los) airado...; ingeniera, abriéndoles los caminos del

⁶⁷ MILL, J. S., *La sujeción de la mujer*, *opus cit.*, p. 174.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 171.

⁶⁹ Fragmento de una carta remitida por el institucionalista Rafael SERRANO a Adolfo González Posada, en *La amistad y el sexo. La educación de la mujer*, Librería de Fernando Fe, Madrid, 1895, p. 21.

bien... y negándoles los dañinos pantanos del vicio,... médica... guarda(ndo) la higiene doméstica, educando físicamente a sus hijos...»⁷⁰.

Sin embargo, este Congreso Hispano-Portugués-Americano de 1892 se caracteriza por un cambio significativo en los presupuestos educativos, de la mano del sector progresista, influido indiscutiblemente por la obra de Mill, pese a las limitaciones apuntadas. Por primera vez se concibe a la mujer como sujeto activo y no como instrumento educador. La maternidad deja de ser la única misión de la mujer. De este modo, podrá influir en el progreso, no sólo a través de la familia, sino directamente mediante una óptima instrucción que la habilite para satisfacer sus necesidades materiales, y acceder al mercado de trabajo en condiciones de igualdad para con el hombre, y no de dependencia. De entre los seguidores de la postura progresista nos encontramos con Pardo Bazán, Concepción Arenal, Félix Sardá, Torres Campos, Joaquín Sama, entre otros. El paralelismo con el pensamiento defendido por Mill, lo hallamos especialmente en la ponencia «La educación del hombre y de la mujer» presentada por Pardo Bazán en el ya citado Congreso de 1892 quien entiende que «No puede, en rigor, la educación actual de la mujer llamarse educación, sino doma, pues se propone por fin la obediencia, la pasividad y la sumisión»⁷¹.

Los defensores de dicha postura progresista critican la ideología de los «deberes femeninos», así como la «inferioridad intelectual congénita de las mujeres» postulada por Rousseau o Fénelon y reclaman: la necesidad de una educación completa para las mujeres que las capacite profesionalmente y desenmascare las desigualdades sociales, la educación paritaria, y la coeducación.

Como Concepción Arenal argumenta en su informe «La educación de la mujer»: «Si la educación es un medio para perfeccionar moral y socialmente al educando; si contribuye a que cumpla mejor su deber, tenga más dignidad y sea más benévolo; si procura fortalecer cualidades esenciales, generales siempre, aplicables cualquiera que sea la condición y circunstancias de la persona que forma y dignifica; y si la mujer tiene deberes que cumplir, derechos que reclamar, benevolencia que ejercer, nos parece que entre su educación y la del hombre no debe haber diferencias. Si alguna diferencia hubiere, no en calidad, sino en cantidad de educación, debiera hacer más completa la de la mujer, porque la necesita más. (...) Pensamos por tanto: Que la educación debe ser la misma para el hombre que para la mujer»⁷².

⁷⁰ Intervención del Dr. D. Fernando CALATRAVEÑO, en *Actas del Congreso Hispano-Portugués-Americano, 1892*, Actas y resúmenes generales, Viuda de Hernando y Cía., Madrid, 1894.

⁷¹ Ponencia «La educación del hombre y de la mujer» presentada por PARDO BAZÁN, E., en el Congreso Hispano-Portugués-Americano de 1892, *Nuevo Teatro Crítico*, II, 1892, núm. 22, p. 58

⁷² «Pensamos por tanto: Que la educación debe ser la misma para el hombre que para la mujer...», vid ARENAL, C., «La educación de la mujer», Informe presentado en el Congreso Pedagógico (sección 5.^a), 1892, en (versión utilizada) ARENAL, C., *La*

Sin embargo, venció una tercera postura, calificada de ecléctica, llena de contradicciones pero menos arriesgada. Las líneas generales de sus planteamientos –no unívocos– se recogen de manera ilustrativa en el discurso pronunciado por Juan Bautista Orriols, director presidente de la Escuela de Institutrices y otras carreras para la mujer, en el gran salón del Palacio de Bellas Artes, el día 28 de abril de 1895, con motivo de la inauguración de la Fiesta de la Ilustración Femenina:

«(...) ni los hábitos dominantes, ni la organización social con sus respetos, ni las leyes con sus rigores, ni la religión con sus anatemas bastan para ofrecer sólidas garantías al decoro de la mujer, necesario es proporcionarle armas de combate para que pueda y sepa defenderlo ella misma.

Pero no son las universidades e institutos artesanales donde la mujer ha de recibir ese armamento; que nunca sentará bien a la gracia femenina sustituir la seductora y poética flor de su tocado, por la severa y prosaica borla de doctora, ni renunciar al juego coquetón de su abanico, para darse aire con el pergamino de un título personal (...). No la eduquemos para sabionda, ni la excitemos a luchar por su mal llamada emancipación, porque no la queremos oradora de club, ni siquiera electora en los comicios; pero tampoco la declaremos eterna esclava de la calceta»⁷³.

A pesar de las enormes incongruencias de esta tercera postura intermedia, se aprobó el control y limitación de la instrucción femenina, y la no mixticidad. Habrá que esperar hasta bien entrado el siglo XX para que puedan abrirse nuevas perspectivas a un futuro cultural distinto y favorable a la mujer del nuevo siglo.

VII. CONCLUSIONES

De cualquier manera, y aun cuando la teoría de J. S. Mill se quiebra en la aceptación de la ficción doméstica, lo cierto es que resulta revulsiva en relación al modelo de contrato matrimonial que él plantea y que exige igualdad entre los miembros que deciden firmar y libertad para negociar. Probablemente no llegó a plantearse el hecho de que, tal vez, llegado esa situación ideal de igualdad y libertad, las mujeres pudieran optar por no convertirse en esposas. Así como, quizás no se planteó, que probablemente en el estado de ser esposa se incorporan tareas que implican subordinación aun cuando se disfrute de una igualdad legal. Harriet Taylor sí lo detectó. Recordemos que ya en 1832 aseveraba que estaba «segura de que si toda la comunidad estuviera *realmente educada*, aunque las leyes actuales del matrimo-

emancipación de la mujer en España, Ediciones Júcar, 1974, cap. I. «Relaciones y diferencias entre la educación de la mujer y la del hombre», pp. 64-63 y 65. Recopilación de textos y prólogo de Mauro Armíño.

⁷³ Discurso pronunciado por ORRIOLS, J. B., y publicado en Barcelona, Imprenta Subirana, 1895, pp. 8-9.

nio continuaran, se prescindiría totalmente de ellas, porque nadie se casaría»⁷⁴.

John Stuart Mill, rompedor de las costumbres universales y del sentimiento popular, sin embargo peca en la propia trampa de la educación –socialización– diferencial, aun cuando sus propuestas hacia el modelo educativo femenino fueran pioneras y atrevidas para la época. Y sorprende que sucumbiera en las redes de su propia socialización «patriarcal» cuando, al menos, en teoría, refiere tanto el problema de la subjetividad hipotecada de las mujeres como las consecuencias «lastrantes» para el desenvolvimiento pleno de la ciudadanía. En este sentido, «Se nos dice –advierte Mill– que las mujeres no son capaces de resistir sus partidismos personales: su juicio en los asuntos graves está desviado por sus simpatías y antipatías. Asumiendo que sea así, aún debe probarse que se dejan llevar con mayor frecuencia por sus sentimientos que los hombres por sus intereses. En tal caso, la principal diferencia consistiría en que los hombres, en el curso del deber y del interés público, se guían por sus intereses, mientras que las mujeres (al no permitírseles tener intereses privados propios), se inclinan por los de alguna otra persona. También debe considerarse que toda la educación que éstas reciben de la sociedad les inculca el sentimiento de que sólo tienen un deber con sus allegados, son los únicos cuyos intereses han de cuidar, mientras se descuidan incluso las ideas más elementales sobre grandes intereses colectivos o fines morales más elevados. La queja en su contra se resuelve en esto: que sólo cumplen con demasiada fidelidad el único deber que se les enseña y casi el único que se les permite practicar»⁷⁵.

Pero, pese a todo, no podemos ignorar el tremendo alcance y actualidad de los planteamientos millianos: sus reflexiones sobre las leyes del matrimonio, del divorcio, los cambios en educación, el deseable acceso de la mujer al ámbito público mediante su participación en el sufragio, la urgencia de nuevas formas de relaciones entre los sexos, que parten de un individuo autónomo con capacidad de voluntad autónoma e individual, libre de mermas o carencias a favor de la realización de un ideal de carácter opuesto y complementario al del varón. Un individuo –hombre/mujer– libre e igual para decidir qué se quiere ser y qué se quiere hacer. *Ser y hacer* se dan la mano, y convergen en un proyecto de ser humano ahora sí completo, rico, diferente.

Sirva, pues, este artículo para reconocerle el justo mérito a su atrevimiento intelectual y político, así como la aún –tras dos siglos– virtualidad de sus postulados, porque haciendo más las palabras de Pardo Bazán, aunque «hay varios puntos en que disiento de Stuart Mill, ¿qué importa? En el conjunto me parece que palpita una gran rectificación de errores, y se desprenden fecundísimas enseñanzas»⁷⁶.

⁷⁴ TAYLOR MILL, H., *Primeros ensayos sobre el matrimonio y el divorcio*, opus cit., p. 110. El subrayado es mío.

⁷⁵ MILL, J. S., *La Sujeción de la Mujer*, opus cit., p. 232.

⁷⁶ PARDO BAZÁN, E., «Stuart Mill», opus cit., p. 228.

John Stuart Mill y el socialismo del futuro

Por ESPERANZA GUISÁN
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

El principal objetivo de este trabajo se orienta a extraer aquellas aportaciones centrales de J.S. Mill que podrían contribuir al desarrollo de un socialismo profundo y ético, a partir de On Liberty, Utilitarianism y Principles of Political Economy. La perspectiva reformista de Mill está estrechamente vinculada al desarrollo moral de los individuos, distante por igual, del liberalismo posesivo, del espíritu del capitalismo y del utilitarismo negativo. La profundidad del pensamiento crítico milliano se proyecta no sólo en el orden de la fundamentación, sino también en la delimitación del contenido de un programa de gobierno.

Palabras clave: *libertad, igualdad, bienestar, sentimiento moral, socialismo.*

ABSTRACT

The main aim of this work tries to extract those central contributions of J.S Mill thought in On Liberty, Utilitarianism y Principles of Political Economy, that might contribute to the development of a deep and ethical socialism. Mill's reformism is linked to moral development of individuals, distant equally from possessive liberalism, of the spirit of capitalism and of negative utilitarianism. The depth of Mill's critical thought is projected not only in the foundation but also in the content of a program of government.

Key words: *liberty, equality, well-being, moral sentiments, socialism.*

SUMARIO: 1. POR UNA DESEABLE IGUALDAD EN LIBERTAD.—2. LA LIBERTAD COMO EMANCIPACIÓN Y EXCELENCIA.—3. EL BIENESTAR INDIVIDUAL Y SOCIAL COMO METAS INCUESTIONABLES.

Doscientos años después de su nacimiento Mill sigue siendo tan mal interpretado que se llega hasta la caricatura, convirtiéndose el estudio de su aportación en una asignatura pendiente importantísima e imprescindible para fundamentar adecuadamente y convincentemente nuestras frágiles y tibias democracias.

Un trabajo sobre el conjunto de su obra sería una tarea ardua e imposible de realizar en un corto periodo de tiempo. Por lo demás, como quiera que ya me he ocupado de la aportación de Mill en diversas ocasiones, se me permitirá limitarme aquí al estudio de las dos obras que considero centrales para comprender la teoría jurídica política y moral de Mill, aunque también haré alusión a otros trabajos suyos cuando el contexto lo requiera.

Para ser más exacta me basaré para mis consideraciones sobre la aportación de Mill en sus dos obras más conocidas, *On Liberty*, y *Utilitarianism*, así como a una pequeña pero sustanciosa parte de su obra de 1848 *Principles of Political Economy*, a saber el capítulo VII del libro cuarto de dicha obra titulado en castellano «El futuro probable de las clases trabajadoras», capítulo que, de acuerdo con Mill le fue sugerido por su compañera y más tarde esposa Harriet Taylor Mill.

Pero antes de continuar, antes de aventurarme en la enojosa tarea de cotejar citas y fragmentos, quisiera manifestar lo que, de acuerdo con mi interpretación, Mill quiso dejar como legado a una humanidad cuyo bienestar material, psíquico y moral, le preocupaba primordialmente. Legado preciosísimo que muestra no sólo su capacidad poco común para comprender los problemas más acuciantes de su tiempo, sino que da cuenta de su comprensión de lo que hay de común entre todas las criaturas humanas, a la vez que puso en juego toda la fuerza de su vigor y su pasión moral para emancipar a todos los seres humanos de las servidumbres a las que habían sido sometidos ya bien por las élites dominantes, o por las mayorías desinformadas, por igual.

Como afirma Pedro Schwartz en su obra «*La nueva economía política*» de J. S. Mill, el autor de referencia siempre fue mal comprendido entre nosotros. Con palabras de Schwartz: «nunca se ha comprendido aquí el utilitarismo que constituye el trasfondo de toda la discusión de la filosofía moral y política de la era victoriana, pues lo solemos concebir como una actitud positivista en cuestiones éticas, en vez de la filosofía crítica que realmente es» (Schwartz, 1968, p. 11). De hecho, como también indica Schwartz, Mill ni siquiera fue comprendido en su propia época y en su propia patria, a lo que habría que añadir el desconocimiento de que es objeto en los círculos académicos contemporáneos, donde se intenta refutar a Mill al socaire de nuevas

formulaciones liberales con matices más o menos socialistas, que no alcanzan ni con mucho, la hondura reformista y progresista de Mill.

Es cierto que Mill no estaba a favor de un socialismo de Estado, pero le repugnaban igualmente las injusticias derivadas del sistema capitalista. En su *Autobiografía* Mill se confiesa a sí mismo como socialista, por supuesto dentro de unos supuestos éticos que no supusieran la imposición gubernamental de la igualdad, sino el uso de la educación y la persuasión moral para lograr los fines apetecidos de salvaguardar la libertad y la igualdad al propio tiempo. Como el pensador colombiano Mauricio Salazar indica, Mill sostuvo «que superioridad del socialismo sobre el socialismo de menor escala, como las propuestas por los discípulos en el marco de comunidades no había razones necesarias para afirmar la de Owen y Fourier, los problemas de coordinación y gestión serían perfectamente manejables» (Manuel Pérez Salazar, 2003, pp. 98-99).

Afirmar que Mill llevó a cabo una contribución que bien podría ayudar a un desarrollo de un socialismo más profundo y más ético para el futuro, me parece una cuestión de justicia histórica. Sin duda su comprensión del ser humano es decididamente más profunda que la de los que pensaron que la igualdad podría ser impuesta por la fuerza armada o la coerción legal. Por lo demás, quienes desde posturas supuestamente progresistas obvian, olvidan o no tienen en cuenta a Mill, no son conscientes del inmenso potencial reformista que se contiene en la filosofía milliana, que podría suponer una ayuda insoslayable a la hora de reformular y fortalecer nuestra democracia, y proporcionar nuevo fuste moral, nuevo rigor y nuevo vigor, a las teorías progresistas.

1. POR UNA DESEABLE IGUALDAD EN LIBERTAD

Examinaré brevemente algunos fragmentos de los *Principios de Economía Política*, para pasar en dos posteriores apartados a considerar el valor y relevancia de la libertad y el bienestar privado y colectivo en la obra de Mill.

La agudeza de este autor para relacionar nociones diversas como virtud, dignidad, justicia, igualdad, libertad, emancipación, auto-desarrollo, etc., ha sido frecuentemente infravalorada. Así en un texto de Hayeck de 1951 se reconoce a Mill como un pensador poco original si bien constituye una gran figura moral (citado por Schwartz, 1968, p. 15).

Mi propósito en este trabajo no es simplemente, explicar, exponer, criticar o valorar a Mill, sino contribuir a despojarle de las envolturas con las que prejuicios intelectuales y políticos han oscurecido la luz y el fuego contenidos en su aportación a una concepción más excelente de la sociedad y de los individuos. Desde mi punto de vista, que es compartido por importantes estudiosos del utilitarismo, la excelencia

moral de Mill es consecuencia tanto de su desarrollo moral como intelectual. Su finura para discernir entre lo positivo y lo negativo de las distintas concepciones éticas y políticas dice mucho a favor de la hondura de su pensamiento expuesto con envidiable rigor, concisión y claridad, lo que le convierte, a mi modo de ver, en un verdadero sabio que sabe expresar con sencillez y de modo asequible, pensamientos y reflexiones muy complejas, llevando así a un público muy amplio los resultados de su vasto y profundo saber.

El valor que Mill da a la igualdad es producto de su concepción progresista del ser humano que es únicamente feliz cuando ejerce su libertad al tiempo que vela por, y protege, la libertad de los demás. La posibilidad de compartir nuestra riqueza con los peor situados deriva de la creencia milliana de que «la humanidad es capaz de mostrar espíritu público en un grado mucho más elevado del que se acostumbra a suponer en la época actual» (1848, versión castellana 1978, p. 197).

Para Mill si bien la intervención del gobierno en el reparto de propiedad podría tener consecuencias perjudiciales para el bien común, sin embargo, habrían de sopesarse los resultados de una concepción capitalista y una concepción socialista de la economía, a fin de determinar cuál de ambas doctrinas es preferible desde una perspectiva moral.

El disgusto de Mill con el capitalismo es notable y su concepción de la propiedad privada justamente crítico, de acuerdo con mi punto de vista. Como afirma Mill: «Las leyes de la propiedad jamás se han ajustado a los principios en que descansa la justificación de la propiedad privada. Han creado la propiedad de cosas que nunca debieron de ser propiedad y la propiedad absoluta allí donde sólo debería existir propiedad condicionada» (*Ibid.*, p. 199). Y es que de acuerdo con Mill: El orden social de la Europa moderna comenzó con un reparto de la propiedad que no fue el resultado de un reparto equitativo o de la adquisición mediante la actividad, sino de la conquista y la violencia (*Ibid.*, p. 199). Para Mill el capitalismo podría fundamentarse sobre bases más éticas que la guerra y la *conquista*. El socialismo, tal vez, podría ofrecer mejores condiciones para el desarrollo humano. Por ello afirma Mill con cautela: «Aun sabemos demasiado poco para determinar lo que el sistema individual llevado a su mayor perfección, o el socialismo en la mejor de sus formas puede realizar para decir cuál de los dos sería la forma final de la sociedad humana» (*Ibid.*, p. 200). Añadiendo Mill que «la elección final dependerá probablemente... de la siguiente consideración: Cuál de los dos sistemas es compatible como la mayor suma de libertad», libertad que «aumenta en lugar de disminuir en intensidad en la medida en que la inteligencia y las facultades mentales se desarrollan más y más» (*Ibid.* p. 200).

A pesar de que Mill no simpatizaba con el comunismo por cuanto limitaba la libertad espontánea humana, es implacable con el sistema capitalista imperante en su tiempo, al afirmar: «Las restricciones del comunismo serían libertad en comparación con la situación actual de

la mayoría de la raza humana. La generalidad de los trabajadores en este país, y en casi todos los demás, tiene tan poca libertad para elegir su ocupación o para trasladarse de un sitio a otro... como en cualquier sistema poco diferente de absoluta esclavitud» (*Ibid.*, p. 200).

La propuesta novedosa de Mill, para garantizar a un tiempo la libertad individual y la justicia, es la de explotar el beneficio moral que se deriva del trabajo en régimen cooperativo: «en el que la obediencia voluntaria (que se da en este tipo de empresas) lleva consigo un sentimiento del valor y de la dignidad personal» (*Ibid.*, p. 667), lográndose al propio tiempo «un aumento considerable de la producción» (*Ibid.*, p. 673).

Pero, en consonancia con sus valores preferenciales, el rendimiento económico de las cooperativas no es nada si se le compara con las mejoras morales que procura. Como afirma Mill, el beneficio material es nada «si se le compara con la revolución moral en la sociedad que lo acompañaría: el apaciguamiento del conflicto entre el capital y el trabajo, la transformación de la vida humana, convirtiendo la actual lucha de clases que tienen intereses opuestos, en una rivalidad amistosa en la persecución de un bien que es común a todos, la elevación de la dignidad del trabajo, una nueva sensación de seguridad y de independencia en la clase trabajadora y el convertir las ocupaciones cotidianas del ser humano en una escuela de simpatías sociales y de comprensión práctica» (*Ibid.*, p. 675).

Añadiendo con optimismo Mill que «tal vez encontremos a través del principio cooperativo el camino para un cambio de sociedad que combine la libertad y la independencia del individuo con las ventajas morales, intelectuales y económicas de la producción colectiva» (*Ibid.*, 676), lográndose así una sociedad de la que se borrarán «todas las distinciones sociales, excepto las que se ganen por el trabajo» (*Ibid.*, p. 677).

El socialismo de Mill, a pesar de los estereotipos en boga, se acerca mucho más al socialismo maduro de nuestro tiempo que al socialismo utópico de su época. Quienes han acusado a Mill de idealista deberían tener en cuenta las prudentes observaciones que hace Mill a los socialistas que achacan todos los males a la «competitividad». «Son errores comunes a todos los socialistas olvidar la natural indolencia de la humanidad, su tendencia a la pasividad, a ser esclava de las costumbres» (*Ibid.*, p. 678).

La teoría ético-política milliana es igualitarista pero no colectivista. El Estado tiene que intervenir para asegurar la educación, la salud pública, la construcción de carreteras, etc., etc. Pero se trata de una misión primordialmente emancipatoria. El Estado dota al individuo de los medios que lo hagan capaz de asumir su derecho a la libertad de decisión.

«La instrucción –afirma Mill– es sólo una de las cosas necesarias para el progreso espiritual otra, casi tan indispensable es el ejercicio vigoroso de las energías activas: el trabajo, la iniciativa, el discerni-

miento, el dominio de sí mismo, y son las dificultades de la vida las que estimulan el desarrollo de estas cualidades» (*Ibid.*, p. 810). Para añadir más adelante: «La única garantía contra la esclavitud política es el freno que puede mantener sobre los gobernantes la difusión entre los gobernados de la inteligencia, la actividad y el espíritu crítico» (*Ibid.*, p. 811).

Más que la igualdad meramente material le preocupa a Mill la igual capacidad de cada individuo para desarrollar sus potencialidades. Así en el capítulo XI del libro cuarto de *Principles of Political Economy*, indica con claridad que es deber del Estado el intervenir por lo que a la universalización de la educación se refiere. Indica Mill al respecto que «cualquier gobierno bien intencionado y más o menos civilizado puede creer que... posee o puede poseer un grado de cultura superior al promedio de la comunidad que gobierna, y que por consiguiente debe ser capaz de ofrecer a la gente una instrucción y educación mejores que las que la mayor parte de ésta pediría espontáneamente» (*Ibid.*, p. 815).

El Estado que Mill defiende no es sólo educador sino protector. Los padres, por ejemplo, deben ser tutelados por el gobierno para que traten a sus hijos debidamente, ya que «la autoridad paterna es tan susceptible de abuso como otra cualquiera» (*Ibid.*, p. 818), por lo tanto «es muy justo que se proteja a los niños y a los jóvenes, hasta donde pueda alcanzar el ojo y la mano del Estado, contra el peligro de hacerlos trabajar con exceso... tampoco deben tener los padres la libertad de privar a sus hijos de una educación conveniente, la mejor que las circunstancias les permitan recibir y que aquéllos podrían negarles por su indiferencia, sus recelos o su avaricia» (*Ibid.*, p. 819).

En suma, el gobierno se justifica por su contribución a la igualdad en libertad de sus ciudadanos, haciendo lo posible para que los individuos se impliquen personalmente en el desarrollo de las condiciones sociales, educacionales y económicas capaces de proveer los medios para la prosperidad física y moral. Con palabras de Mill: «Un buen gobierno prestará su ayuda en forma tal que estimule y eduque todo elemento de esfuerzo individual que pueda encontrar». La ayuda oficial cuando obedezca al hecho de faltar la iniciativa privada debe darse en forma que constituya, en cuanto sea posible, un curso de educación para el pueblo en el arte de realizar grandes objetivos por medio de la energía individual y la cooperación voluntaria (*Ibid.*, p. 819).

El párrafo final de *Principles of Political Economy*, es una muestra clara del principio de igual libertad para el desarrollo, moral y material. Allí afirma Mill: «No he creído necesario insistir aquí en aquella parte de las funciones del gobierno que todos admiten como indispensables: la función de prohibir y castigar todo aquello que en la conducta de los individuos que ejerzan su libertad es a todas luces perjudicial para otras personas, ya se trate de violencia, de fraude o de negligencia. Aun en el mejor Estado alcanzado hasta ahora por la civilización, es lamentable pensar cuán grande es la proporción de todos

los esfuerzos y talentos del mundo que se emplean en neutralizarse unos a otros. Ninguna finalidad más propia del gobierno que la de reducir este ruinoso despilfarro lo más posible, tomando las medidas apropiadas para que las energías que hasta ahora gasta la humanidad en perjudicarse unos a otros, o en protegerse contra el daño, se dirijan hacia las fuerzas de la naturaleza para estar cada día más subordinado a la propiedad física y moral» (*Ibid.*, p. 836).

2. LA LIBERTAD COMO EMANCIPACIÓN Y EXCELENCIA

La mayoría de los críticos contemporáneos de Mill tienden a considerar que Mill es incoherente con sus propios principios al defender puntos de vista aparentemente distintos en *On Liberty* y *Utilitarianism*, principalmente.

Contrariamente a las apariencias, la verdad es que el pensamiento de Mill es mucho más complejo de lo que se quiere admitir y que su fidelidad a los principios de su obra cardinal *Utilitarianism* se mantiene siempre si bien las lecturas superficiales de *On Liberty* podrían llevar a muchos a considerar que Mill es un *pluralista* en ética, en el sentido es que lo son Rawls y otros liberales contemporáneos.

Por lo que yo sé, autores como Ryan, Rosen, Berger o Donner han arrojado luz suficiente para apreciar la finura de los discernimientos de Mill. En esta ocasión me referiré primordialmente al trabajo de Alan Ryan «In a Liberal Landscape», incluido en la obra colectiva coordinada por John Skoruposki *The Cambridge Companion to Mill*, publicada por la Cambridge University Press en 1998. Como Ryan indica, y haré ver más adelante adentrándome en el contenido de *On Liberty*, para Mill, contrariamente a lo que ocurre con Rawls, «es un objeto legítimo de la política social el alumbrar tantas mejoras y tantos hombres autónomos, auto-críticos, con conciencia social como sea posible» (Ryan, 1998, p. 525). Como afirma Ryan más adelante el punto de vista de Mill no era el de Rawls. Mientras que éste autor mantiene en su *Political Liberalism*, que no se ejerza presión alguna sobre los que muestran un pensamiento libre y autónomo, Mill simplemente propone que el gobierno liberal debe actuar con delicadeza (*Ibid.*, p. 525).

Mill no quiere imponer su ideal de excelencia (término que él no utilizó pero que considero apropiado para la comprensión de sus puntos de vista sobre el fin de nuestra existencia), pero no está dispuesto a aceptar la neutralidad rawlsiana respecto a la vida «buena» (Véase *Ibid.*, p. 534). Para Mill, a diferencia nuevamente de Rawls, mi lucha por la libertad no es un fin en sí misma. Con palabras de Ryan: «Para Mill la búsqueda de la libertad era la búsqueda de la felicidad» (*Ibid.*, p. 534).

Ocurre, sin embargo, que Mill aborrecía el dogmatismo y consideraba, por ello, que la búsqueda de la felicidad no era posible bajo la tutela del Estado, de las élites imperantes, o de las mayorías imperantes también, sino que se trataba de una cuestión individual, Mill argumenta, según Ryan, en contra de teorías liberticidas como la de Comte, que no tenemos conocimientos suficientes acerca del bienestar humano como para interferir en la elecciones individuales, excepto para impedir que se dañe a otros (Véase *Ibid.*, p. 535). Ocurre así que mientras admite tantas formas deseables como individuos existan, no acepta por igual tantas formas variadas de gobierno, como se dan en un momento dado. Muchas culturas se fundamentan en creencias supersticiosas de modo que no son igualmente aceptables, desde el punto de vista del utilitarismo de Mill (Véase *Ibid.*, p. 537). En éste y otros muchos sentidos Mill no podía ser respetuoso con las culturas que no defendían la auto-determinación y emancipación de los individuos, ya que el sentido ético de una cultura es el de procurar la coordinación de los diversos planes de vida planificados desde lo que podemos llamar, con Kohlberg, el estadio de desarrollo post-convencional.

Por lo demás autores como Ten han puesto de relieve el carácter no pluralista de los valores sociales, que sólo podrían ser garantizados en sociedades progresistas liberales o sociales en las que se garantiza la igual libertad, por usar un término de Dworkin. Como Ten indica al respecto: no existe una conexión necesaria entre el liberalismo, y ya bien una teoría del *laissez-faire* económico o una teoría de las funciones. Es posible combinar el principio de la libertad de Mill, con, por ejemplo, la creencia en el *socialismo* (cursivas mías). La forma en que se distribuyen los recursos de comunidad cae dentro del ámbito social, y, por tanto, del ámbito legítimo de la intervención del Estado (Ten, 1980, pp. 60-61).

En *On Liberty* se ocupa Mill de uno de los ingredientes constitutivos de la felicidad que ha de serle asegurado a todo ser humano para garantizarle un desarrollo moral que debe llevarle a la posesión de criterios y principios a los que se adhiera críticamente, emancipándole de las voces de la tradición que quieren acallar su legítima reclamación existencialista de ser auténtico, con la diferencia entre los existencialistas y Mill, de que la autenticidad no es buena por sí misma, sino en cuanto constituye uno de los elementos básicos de nuestra felicidad.

Con palabras de Mill: «para el bienestar intelectual de la humanidad (del que depende todo otro bienestar) es necesaria la libertad de opinión y la libertad de expresar toda opinión» (2001, p. 122), o lo que es igual la libertad de opinión, la emancipación, forman parte de aquella excelencia humana necesaria para una vida plenamente feliz, con lo cual no se desmarca Mill de lo mantenido en el *Utilitarianism*, contrariamente a lo postulado por Isaiah Berlin en «J. S. Mill y los fines de la vida», incluido en la versión castellana de *On Liberty* (Mill, 1980).

La libertad en Mill, es emancipación, excelencia y liberación de las fuerzas benéficas que están pendientes de ponerse en acción en

todos nosotros, haciendo que los individuos se vuelvan responsables socialmente. De tratar de «la educación peculiar de un ciudadano, la parte práctica de la educación política de un pueblo libre, *que les saque de los estrechos límites del egoísmo personal* (cursivas mías) y de la familia y les acostumbre a la comprensión de los intereses generales y al manejo de los negocios de todos, habituándolos a obrar por motivos públicos o semipúblicos y a guiar su conducta hacia fines que les unan en vez de aislarles, unos de otros» (*Ibid.*, p. 199).

Como Wendy Donner nos dice en su obra de 1991 *The liberal Self –John Stuart Mill’s Moral and Political Philosophy–* el liberalismo de Mill difiere extraordinariamente del liberalismo posesivo que «considera a los humanos como seres que ven su bien en términos de adquisición de propiedades, estando este valor ligado al deseo o necesidad de controlar a los demás, Mill, por el contrario, considera que el bien de los humanos es el del auto-desarrollo, valor que es antagónico con la mediocridad o el deseo de controlar a los demás» (Donner, 1991, p. 6).

La prohibición por parte de Mill de que el gobierno (ya bien consista en una minoría o en una mayoría) determine el bien de cada individuo, deriva no del deseo de obrar conforme a los caprichos o deseos momentáneos, sino que se desarrolla, de acuerdo con su propia iniciativa, convirtiéndose en un ciudadano excelente.

Afirma Mill: «nadie piense que la excelencia en la conducta humana consiste en que la gente no haga más que copiarse unos a otros» (Mill, 2001, p. 125), lo cual no le lleva sin embargo a un solipsismo moral ya que «sería absurdo pretender que la gente viva como si nada se hubiese conocido en el mundo antes de su venida a él, como si la experiencia no hubiera hecho nada por mostrar que una manera de vivir es preferible a otra», no obstante lo cual «el privilegio y la propia madurez de sus facultades consisten en utilizar e interpretar la experiencia a su manera» (*Ibid.*, p. 29).

Las características peculiares del utilitarismo de Mill, bastante más lejano de Bentham de lo que generalmente se piensa, aparecen claramente expuestas en el capítulo 3 de *On Liberty*, llegando a afirmar así que «realmente no sólo es importante lo que los hombres hacen, sino también la clase de hombres que lo hacen», añadiendo algo que sorprenderá a muchos detractores del muy desconocido Mill: «Entre las obras del hombre, en cuyo perfeccionamiento y embellecimiento se emplea legítimamente la vida humana, lo primero en importancia es seguramente el hombre mismo. Suponed que fuera posible construir casas, hacer crecer el trigo, ganar batallas, defender causas y hasta erigir templos y decir oraciones mecánicamente –por autómatas en forma humana– sería una pérdida considerable cambiar por estos autómatas los mismos hombres y mujeres que habitan actualmente las partes más civilizadas del mundo...» (*Ibid.*, p. 131). La defensa de la excelencia, la autonomía y el bienestar profundo del ser humano se refleja en el siguiente espléndido pensamiento: «La naturaleza humana no es una máquina que se construye según un modelo y dispuesta a hacer exacta-

mente el trabajo que le es prescrito, sino un árbol que necesita crecer y desarrollarse por todos los lados, según las tendencias de sus fuerzas interiores que hacen de él una cosa viva» (*Ibid.*, p. 131).

Es cierto que en determinados pasajes de la obra que comento parece Mill excesivamente obsesionado por la originalidad de los seres humanos hasta el punto de que parece aceptar como buenas las conductas más excéntricas imaginables. Desde mi punto de vista es cuestionable cuando menos su afirmación de que «la libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter, para obrar como queremos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes, en tanto que no los perjudiquemos» (*Ibid.*, p. 71).

De ser éste el principal postulado de Mill nos encontraríamos ante lo que se ha venido en denominar utilitarismo negativo que se conforma con postular protección de lo que perjudica a los demás, sin tener en cuenta la deseabilidad moral de que nos ocupemos de acciones que positivamente tiendan a incrementar la felicidad general.

Desde mi punto de vista, Mill sigue preocupado en esta obra por la mayor felicidad general posible, para todos los seres humanos, e incluso todos los seres sintientes, lo que ocurre es que desea que el logro de la felicidad colectiva no puede alcanzarse sino cuando se estimulan las capacidades creativas de toda la comunidad. Incluso llega a aceptar en *On Liberty* que existen muchos actos beneficiosos que podrían ser ya no sólo recomendados sino exigibles de nosotros (Véase *Ibid.*, p. 70). Lo que Mill muy acertadamente pretende es que la moral no sea algo impuesto mediante coerción, salvo en el caso de causar daño, pero por supuesto todo el tomo apasionado de *On Liberty* en defensa de los seres con vitalidad, creatividad y fuerza, es un emocionado alegato en contra de las individualidades pasivas que no sólo no se ocupan del bienestar general, sino de su propio bienestar particular.

A diferencia del clima tibio de tolerancia a la hora de preferir el tipo de vida que a cada uno se le antoje, tendencia habitual en la ética contemporánea, Mill es moderadamente paternalista al afirmar con contundencia que «el despotismo es un modo legítimo de gobierno tratándose de bárbaros». Añadiendo en otra parte de su obra que «la única parte de la conducta por la que cada uno es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él su independencia es, de derecho absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu el individuo es soberano» (*Ibid.*, p. 68).

Tan contundente afirmación no debe llevarnos, como ya he insistido, a considerar a Mill como un adelantado de las posturas «neutrales» de la filosofía moral y política contemporánea. Así, a continuación del párrafo acabado de citar, señala: «Casi es innecesario decir que esta doctrina es sólo aplicable a seres humanos en la madurez de sus facultades» (*Ibid.*, p. 68). El objetivo de Mill, por consiguiente, no

es tanto permitir conductas de todo tipo en el ámbito privado, como postular el derecho a desarrollar las capacidades críticas a fin de convertirnos en ciudadanos creativos que viven con pasión y lucidez su propia vida, embelleciendo al tiempo la vida de los demás.

Como Berlin comenta en su artículo ya citado, Mill se convirtió en el más apasionado y popular defensor de los oprimidos y vejados de Inglaterra (*Ibid.*, p. 17). Lo cual le lleva a Berlin a considerar, erróneamente a mi entender, que no era la utilidad sino la libertad y la justicia lo que él buscaba primordialmente (*Ibid.*, p. 17), como si la utilidad no significase precisamente eso: la promoción de individuos benevolentes y con capacidad de empatía que lucharan por las causas justas y mejorasen la vida material y espiritual de sus semejantes, no imponiéndoles las normas de conducta moral mediante leyes y presiones externas de todo tipo, sino mediante una actitud ejemplar que por sí misma atraía a nuestra sensibilidad moral por poco desarrollada que estuviese.

Mill defiende con ardor y entusiasmo la originalidad, no tanto como un modo de rebeldía sin causa, o un mero afán de diferenciarse, sino como un afán de mejorarse. Bien es cierto que a veces las afirmaciones de Mill son sumamente ambiguas y podrían llevarnos a la conclusión de que lo que importa no es mejorar la opinión prevaleciente de las masas mediocres, sino simplemente ignorarla. Afirma así Mill: «Parece que cuando en todas partes la opinión del hombre ordinario se ha convertido, o se está convirtiendo en el poder dominante, el contrapeso y el correctivo a esta tendencia sea la individualidad» (*Ibid.*, p. 141). «En otros tiempos no habría ventaja alguna en que hicieran esto, a no ser que obrasen no sólo de modo diferente sino mejor. Ahora el mero ejemplo de disconformidad, la mera repulsa a hincar la rodilla ante la costumbre es en sí misma, un servicio» (*Ibid.*, p. 142).

En muchos sentidos resulta interesante esta disidencia, que nos llevaría al estadio 4.5 de Kohlberg pero no hay que olvidar que es sólo un primer paso para alcanzar el nivel de la moral autónoma, que nos lleva a elegir críticamente con independencia de las opiniones prevalecientes. Como Mill afirma, casi en paralelo con Marx, (del que no sabemos que tuviera mucho conocimiento) «dondequiera que hay una clase dominante una gran parte de la moralidad del país emanará de sus intereses y sus sentimientos de clase superior» (*Ibid.*, p. 64). Por ello se hace imprescindible que nos emancipemos no sólo desobedeciendo las normas impuestas, sino repensándolas, mejorándolas, sustituyéndolas por otras, que superen la propia convencionalidad de acuerdo con el criterio ético más refinado, el más justificado y que consiga el favor de los espíritus ilustrados. Los espíritus ilustrados, me atrevería a añadir, no sólo tienen el derecho a manifestar sus ideas y someterlas a la discusión universal, sin que tienen a su vez el deber, como en *La República* de Platón tenían los filósofos, de intentar mediante el razonamiento y la sensibilización que las personas devengan seres plenamente desarrollados.

Lo que Mill no quiere en modo alguno es que el latigazo de la ley nos obligue a mejorar nuestra vida privada y esto por razones de utilidad, tal como «utilidad» se entiende en el contexto de Mill. Como el autor afirma en las últimas líneas de la obra de que me ocupo: «Un Estado que empequeñece a sus hombres, a fin de que puedan ser más dóciles instrumentos en sus manos aun cuando sea para fines benéficos, hallará que con los pequeños ninguna cosa grande puede ser realizada y que la perfección del mecanismo, a la cual todo hombre ha sido sacrificado, terminará por no servir para nada por falta del poder vital que, en aras de un más fácil mejoramiento de la máquina, ha preferido proscribir» (*Ibid.*, pp. 206-207).

3. EL BIENESTAR INDIVIDUAL Y SOCIAL COMO METAS INCUESTIONABLES

La aportación de J. S. Mill es particularmente provechosa no sólo a la hora de fundamentar sino más contundentemente todavía a la hora de delimitar el contenido de un programa de gobierno. He titulado este trabajo «J. S. Mill y el socialismo del futuro» porque creo que en su obra pueden encontrarse las bases que equibren las demandas de igualdad y libertad, emancipación, excelencia y auto-desarrollo, valores que han sido reconocidos en un grado discreto a lo largo de la historia del pensamiento y que, en la obra de Mill como en pocas otras, aparecen armonizados y justificados. Como Johatan Riley ha comentado: «Mill va más lejos que Bentham al admitir la posibilidad de que un código ideal pueda abandonar la propiedad privada por completo, a favor de los derechos iguales de los miembros de empresas socialistas, auto-dirigidas. En suma, la maximización del bienestar general podría implicar una forma de socialismo descentralizado, más que una forma más cooperativista e igualitaria de capitalismo» (Riley, 1998, p. 297). En *Utilitarianism*, desarrolla Mill una teoría ético-política que parece imprescindible para suavizar las aristas del socialismo del futuro y hacerlo más complejo, más sutil, y más apto para responder a las demandas más profundas de los seres humanos. El socialismo históricamente ha adoptado distintas formas, desde las más radicales y revolucionarias hasta las más leves y benignas, como es el caso de los socialismos (en USA, liberalismo de izquierdas) imperantes. Se trata en el caso de Mill de un nuevo socialismo, que asegura no sólo el bienestar material, sino, lo que es más importante, supone asegurar una vida intelectual y espiritual de calidad que asegure el máximo de satisfacción personal y unas relaciones amistosas entre los seres humanos, con independencia de la etnia, nacionalidad, raza, sexo o grupo religioso.

En muchos sentidos, la vuelta a Mill podría suponer un proceso de regeneración del socialismo, que tendría no sólo valor moral, sino que así mismo sería prudencialmente aceptable ya que en Mill, como en

Platón, nuestra propia naturaleza nos dota de sentimientos sociales que cuando son debidamente desarrollados, contribuyen a que disfrutemos con el goce de los otros.

Como afirma Mill en *Utilitarianism*: «El concepto profundamente arraigado que todo individuo, incluso en el presente estadio tiene ya de sí mismo como ser moral, tiende a hacerle experimentar que uno de sus deseos naturales es el de que se produzca una armonía entre sus sentimientos y objetivos y los de sus semejantes» (1863, versión castellana 2005, p. 92).

Sin embargo a veces se ha tachado a Mill injustamente de ingenuo o utópico, cuando llaman la atención, contrariamente, sus consideraciones sobre la natural tendencia a la pereza, el descuido de la felicidad propia y general, que aparecen repetidamente en sus obras, reconociendo la débil constitución del ser humano. Pero Mill, desde luego es optimista, en el sentido de que contempla con confianza la posibilidad de transformación del ser humano, mediante la educación, y el cambio del tipo de relación entre los humanos. Una transformación que no viene determinada, como en Kant, por la pura razón práctica, sino que tiene sentido y significado en la medida que amplía nuestros horizontes y nos hace capaces de disfrutar de una existencia realmente gratificante. En más de un sentido es decididamente utópico, pero la utopía es un elemento necesario para estimular a los seres humanos para que lleven a cabo las transformaciones y cambios hacia una sociedad donde las relaciones humanas no sean ya no sólo de paz, sino de colaboración y compañerismo con repercusiones en el beneficio mutuo.

La concepción de la felicidad en Mill es innegablemente socrática. Sus afirmaciones relativas a que: «Es mejor ser un ser humano insatisfecho que un cerdo satisfecho, mejor ser un Sócrates insatisfecho que un necio satisfecho» (*Ibid.*, p. 55), no implican sino una concepción muy sutil y profunda de la felicidad que nos es dado gozar como seres humanos.

Distingue así Mill, con gran atino, entre felicidad y contento, entre realización personal, emancipación y desarrollo de la empatía, fruto de una adecuada educación, y la conformidad con lo dado, derivada de nuestra, a veces, estrecha capacidad de miras. «Ningún ser humano inteligente aceptaría convertirse en un necio» (*Ibid.*, p. 12). porque el ser humano inteligente distingue entre felicidad y contento (*Ibid.*, p. 54). Ningún ser humano aceptaría tampoco establecer relaciones de dominio o sumisión respecto a todos los demás ya que la comunicación humana sólo es posible en condiciones de igualdad.

La originalidad del socialismo milliano estriba en el convencimiento de que la lucha por la mejora social no es algo que el gobierno deba imponer de forma coercitiva sino que brotará, del aumento de nuestra capacidad de empatía, de nuestro convencimiento *de que al ocuparnos del bienestar, la libertad y la emancipación de los otros, se aumentan* nuestras posibilidades de una vida rica en satisfacciones.

El hecho de que los seres humanos muestren poca sensibilidad y preocupación por el bienestar de los demás, se debe, de acuerdo con Mill, a un déficit educativo. Cuando las condiciones sociales, y el sistema educativo lo permiten: «El hombre llega, como por instinto, a ser consciente de que *por supuesto* (cursivas de Mill) presta atención a los demás. Llega a resultarle el bien de los demás algo a lo que naturalmente y necesariamente ha de atender, en igual medida que a las necesidades físicas de la existencia» (*Ibid.*, p. 90).

Por supuesto que no es Mill ingenuo en absoluto al no considerar que de forma espontánea pudiera llegarse a una concepción progresista de las relaciones humanas como la que él propone. Como indica C. L. Ten en su trabajo de 1968, «Democracy, socialism and the working classes»: «Mill señala que las clases privilegiadas y poderosas han utilizado siempre su poder para mejorar sus propios intereses. La gente necesita ser protegida de los presuntos protectores. Los maridos que se supone protegen a sus mujeres y los padres que protegen a sus hijos han sido culpables de brutalidad y tiranía como muchos informes policiales han mostrado» (En Skomspoki, 1998, p. 385).

No obstante lo dicho hay que admitir que hay numerosos supuestos en la propuesta socialista de Mill que son susceptibles de crítica y refinamiento, aunque yo he preferido centrarme en sus principales aciertos que son más frecuentes y olvidados que sus errores. Se me ocurre que podría ser oportuna la crítica de Ten en el trabajo acabado de mencionar, cuando indica que «Mill parece tener demasiada fe en las personas educadas» (*Ibid.*, p. 384). Y así es, en efecto, a causa de su creencia platónica de que la virtud y la sabiduría son las dos caras de una misma moneda.

Por supuesto que la dilucidación de hasta qué punto Mill está errado o está en lo cierto nos llevaría demasiado lejos. Baste decir ahora que su concepción de la educación no sólo suponía el cultivo de la mente sino así mismo de la sensibilidad moral, de los incipientes sentimientos de *sympathy* que se dan en todos los seres humanos. La posibilidad de alcanzar una sociedad moralmente desarrollada donde todos los individuos disfruten por igual del desarrollo de sus capacidades físicas, mentales y morales, podrá parecer una quimera, pero puede tratarse también de un hermoso sueño que a través del progreso humano va haciendo poco a poco su aparición como una realidad siempre mejorable. Se podría sostener convincentemente que la ingenuidad de Mill no es más que aparente. Su vocación firme de reformador social le llevaría a poner énfasis en los posibles logros de una sociedad más libre, más igualitaria y con mayores oportunidades de gozo para todos. La facultad moral, afirmará Mill, «si bien no es parte de nuestra naturaleza es un producto natural de ella. Puede desarrollarse... en un grado determinado espontáneamente, siendo susceptible de alcanzar, mediante su cultivo, un elevado grado de desarrollo. Desafortunadamente también es susceptible de, mediante un uso suficiente de sanciones externas y la fuerza de las impresiones primeras,

ser cultivada en casi cualquier sentido, de modo que no hay nada por absurdo o maligno que sea, que no pueda hacer que actúe mediante dichas influencias sobre el espíritu humano con toda la autoridad de la conciencia» (Mill, 1863, 2005, p. 87). A pesar de lo cual Mill no desfallece en su intento de mejora de la humanidad y se considera esperanzado. Indica así al final del capítulo III de *Utilitarianism*: «El concepto profundamente arraigado que todo individuo incluso en el presente estadio tiene ya de sí mismo como ser social, tiende a hacerle experimentar que uno de sus deseos naturales es el de que se produzca ya una armonía entre sus sentimientos y objetivos y los de sus semejantes... en la mayoría de los individuos este sentimiento es mucho menos profundo que los sentimientos de tipo egoísta, y a menudo se carece de él por completo. Mas quienes lo experimentan son poseedores de algo que presenta todas las características de un sentimiento natural. No lo consideran como una superstición, o una ley impuesta despóticamente por la fuerza de la sociedad, sino como un atributo del que no deberían prescindir.

Es más, quienes son capaces de superar el egoísmo propio de determinadas teorías de corte liberal conservador, podríamos añadir, a la vez que liberan y emancipan al resto de la humanidad, se vuelven capaces de experimentar un goce que es exclusivo de los seres humanos desarrollados».

Recordar a Mill, o poner sobre el tapete su importante contribución a la construcción de un socialismo del futuro que tenga como meta el bienestar profundo de todos los seres humanos es algo más que una tarea académica. Se trata nada menos que de propiciar un clima de relaciones humanas donde las fuerzas positivas y creadoras triunfan sobre el fanatismo, la rutina y las múltiples formas de servilismo. A las posibles críticas de quienes no quieren ver a Mill como un decidido defensor del socialismo (Véase Rosen, 2003, pp. 197-198) replicaré que no es tanto mi objetivo defender a Mill como socialista que presentar a Mill como fuente inspiradora de todos los individuos y movimientos que crean que la humanidad es nuestra patria y que tenemos derecho a que se satisfagan nuestras necesidades y capacidades como seres humanos en una convivencia armónica.

BIBLIOGRAFÍA

- MILL, J. S. (1848, v.c. 1978): *Principios de Economía Política*, Fondo de Cultura Económica, Madrid.
- MILL, J. S. (1859, v.c. 2001): *Sobre la libertad*, Alianza editorial, Madrid.
- MILL, J. S. (1863, v.c. 2001): *El utilitarismo*, Alianza editorial, introducción, traducción y notas de Esperanza Guisán. Madrid.
- PÉREZ SALAZAR, Mauricio (2003): *La razón liberal (Economía, política y ética en la obra de J. S. Mill)*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia).

- RIUTLEY, Jonathan (1998): «Mill's political economy. Ricard science and liberal utilitarianism» en *The Cambridge Companion to Mill*, Oxford University Press (coordinado por John Skorupski).
- ROSEN, Fred (2003): *Classical utilitarianism, From Hume to Mill*, Routledge, London.
- RYAN, Alan (1998): "In a Liberal Landscape", en *The Cambridge Companion to Mill*, Oxford University Press (coordinada por John Skorupski).
- SCHWARTZ, Pedro (1968): *La «nueva economía política» de J. S. Mill*, Tecnos, Madrid.
- TEN, C. L. (1980): *Mill On Liberty*, Clarendon Press, Oxford.

Los derechos de la mujer en el feminismo moderado de John Stuart Mill

Por LAURA MIRAUT MARTÍN
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN

John Stuart Mill reacciona ante la negación de los derechos políticos a las mujeres, rechazando el argumento de que sus intereses estuvieran ya comprendidos en los de sus maridos y progenitores. Protagoniza su reivindicación en el plano político y doctrinal, resaltando su función como factor fundamental de la educación de los individuos y de su desarrollo personal. La exclusión de los derechos políticos es en este sentido expresiva de la situación general de opresión que induce la ideología de la diferencia de género. Frente a ella Mill proclama la igualdad legal, incidiendo especialmente en la igualdad en el matrimonio. La ficción de la opción personal de la mujer por el confinamiento en el hogar que Mill expresa en su consideración del matrimonio ideal representa un recorte sustantivo del sentido liberal de su posición feminista.

Palabras clave: *Feminismo, Liberalismo, Derechos, Discriminación, Emancipación.*

ABSTRACT

John Stuart Mill reacts to the denial of the women's political rights by rejecting the argument that both their rights and interests have already been covered under their husbands and parents. With this, he reclaims women's position in the political and doctrinal realm, highlighting the function of their political rights as a fundamental factor of the education and personal development of the individual. The exclusion of the political rights is in a sense a clear and expressive way of showing the general situation of the oppression

that is led by the ideology of the difference in gender. Faced with it, Mill proclaims legal equality, making a special emphasis on the equality of both sexes in marriage. The fiction of the existence of a personal option of the woman's confinement in the home, which Mill expresses of what he considers the ideal marriage, represents a substantial outline of his liberal feminist position.

Key words: *Feminism, Liberalism, Rights, Discrimination, Emancipation.*

SUMARIO: I. LOS DERECHOS POLÍTICOS COMO PRETEXTO OPORTUNO.
II. LA AMBIVALENCIA DE LAS INFLUENCIAS PERSONALES.—III. EL INEVITABLE RECORTE DEL FEMINISMO LIBERAL DE MILL.

I. LOS DERECHOS POLÍTICOS COMO PRETEXTO OPORTUNO

La reivindicación de los derechos de la mujer se fortalece a finales del siglo XVIII con las declaraciones de derechos. Éstos se entendían, más allá de la diferencia física hombre-mujer, propios de todos los seres humanos. Deducir de ahí la falta de sentido de la atribución de una posición preconcebida a la mujer, que además era una situación de desventaja respecto al hombre, era completamente lógico. Una posición atribuida en función de las necesidades y conveniencias del hombre, aunque siempre con el razonamiento de que existía una naturaleza femenina especial, diferente de la masculina. La idea de la complementariedad de los géneros, justificación constante de la exclusión de la mujer, venía del reconocimiento primario de la diferencia. Se explica así que sea precisamente entonces que Mary Wollstonecraft publique su famosa *Vindicación de los derechos de la mujer*. El reconocimiento general de los derechos chocaba con el principio de la diferencia fomentado por el género dominante hasta llegar a «hundir a las mujeres casi por debajo del tipo de criaturas racionales»¹. Era un principio necesitado, sin embargo, de prueba, porque la falta de libertad de la mujer hacía imposible valorar sus capacidades y potencialidades. Para responder qué puede hacer y hasta dónde puede llegar la mujer hace falta que se le permita ejercitar y mostrar libremente sus aptitudes. Y mientras no se diera esa prueba las afirmaciones sobre la diferencia natural de la condición femenina, aun conformes con la opinión común, eran un sinsentido. La liberación de la mujer era un prerrequisito de cualquier juicio. Sin ella quedaban además marginadas las mujeres del disfrute pleno de su potencia como seres humanos, reducidas a la condición de «hermosos defectos de la naturaleza»²,

¹ WOLLSTONECRAFT, M., *Vindicación de los derechos de la mujer*, edición de M. Lois González, Madrid, Istmo, 2005, p. 87.

² *Ibidem*, p. 89.

susceptibles de ser utilizadas para sus propios intereses por los agraciados en la lotería del género.

La opresión de la mujer presentaba situaciones lacerantes cuya solución parecía más urgente que la misma falta de libertad. Incluso dentro del domesticamiento y esclavitud de los seres humanos hay niveles distintos de degradación. Por otro lado, cuando su falta de libertad no iba acompañada de abusos insoportables quedaba expuesta a acomodarse bajo la protección de su marido, en una situación denigrante también para ella. El presentar los derechos de la mujer como una exigencia de la universalidad de los derechos era coherente con la nueva situación, precisamente porque los derechos comunes a todos eran la mejor defensa contra cualquier ataque a la dignidad de la mujer. ¡Qué mejor remedio para prevenir los excesos que soportaba día a día la mujer que garantizar a todos la esfera de intangibilidad que marca el reconocimiento de sus derechos! Se plantea aquí de todos modos el problema de hacer compatible el principio utilitarista de lograr la máxima felicidad del mayor número con el respeto a la idea de universalidad de los derechos.

La realización del fin último de la filosofía utilitarista podría justificar restricciones a los derechos de las mujeres por razón del bienestar general. Esta línea de tensión sólo la salva el utilitarismo reconociendo el derecho igual de todos a la felicidad y la cooperación de cada uno en su búsqueda de la felicidad a la realización de la felicidad común. Esta cooperación necesita un cauce para eliminar la tentación de cada uno a imponer sus deseos sobre los demás. La caracterización de esta tendencia como principio de la naturaleza humana y las consecuencias de su desarrollo sin freno fueron percibidas con clarividencia por James Mill, representante del utilitarismo y padre a la sazón de John Stuart Mill, cuando, después de analizar las objeciones planteadas a la necesidad de un gobierno residenciado en la misma comunidad, señala que «si los controles no funcionan a modo de prevención, el uno gobernante o los pocos gobernantes, reducirán a la gran masa del pueblo sometido a su poder al menos a la misma condición a la que se redujo a los negros en las Indias Occidentales»³. Este principio de la naturaleza humana se extendía también a la representación política, porque el establecimiento de un sistema representativo no nos protege por sí solo contra la designación de personas que vayan a defender intereses egoístas que lleven a la opresión de una parte de la sociedad⁴. Es por eso que concluye este autor que los beneficios del

³ MILL, J., «Sobre el Gobierno», en *Ensayo sobre Derecho y Política*, traducción de V. Méndez Baiges, Granada, Comares, 1997, p. 33.

⁴ *Ibidem*, pp. 44-45: «Ya hemos visto que cuando un hombre tiene en sus manos poderes sobre otros hombres hace uso de estos poderes con un propósito dañino, con el propósito de convertir a los otros hombres en el instrumento servil de su voluntad. Si suponemos entonces que un hombre tiene el poder de elegir a los representantes del pueblo, se sigue de ahí que elegirá a hombres que usen de su poder como representantes para la promoción de ese siniestro interés suyo».

sistema representativo «desaparecen en todos los casos en los cuales los intereses del cuerpo que elige no son idénticos a los intereses de la comunidad»⁵. Estas opiniones de James Mill dan fundamento preciso a la extensión del sufragio a las mujeres, al encontrarse éstas especialmente expuestas a la no realización de sus intereses, cuyo sacrificio se instrumentalizaba a favor de la realización mejor de los intereses del género dominante. La extensión a la mujer del derecho al voto no era sólo una exigencia de la universalidad de los derechos. Era directamente una consecuencia necesaria de la situación de subordinación que vivía como objeto apropiado por el género dominante para la satisfacción de su voluntad. Su razón de ser iba más lejos de la simple no discriminación derivando en el beneficio global del sistema como medio para satisfacer los intereses de la comunidad. Sin embargo, contra todo pronóstico James Mill optó por excluir a las mujeres del derecho al voto al entender que sus intereses quedaban salvados por su coincidencia con los intereses de los mismos beneficiados por la situación de subordinación que sufrían: «Todos los individuos cuyos intereses están indiscutiblemente incluidos en los de otros individuos pueden ser eliminados sin ningún inconveniente. A esta luz han de ser contemplados todos los niños hasta cierta edad, cuyos intereses están incluidos en los de sus padres. También a esta luz han de ser contempladas las mujeres, pues los intereses de prácticamente todas ellas están relacionados o bien con los de sus padres o bien con los de sus maridos»⁶. Así, paradójicamente, la lógica de la coincidencia de los intereses, en lugar de servir al fin universalista que parecía serle natural, se mostraba como un argumento más para la exclusión del grupo sometido a la opresión. Las mujeres eran además el único grupo excluido absolutamente del derecho al voto con el argumento de la coincidencia de intereses. La exclusión de los niños era sólo temporal, en tanto no alcanzaran el desarrollo y madurez que permitiera reconocerles intereses propios no coincidentes necesariamente con los de sus progenitores.

El razonamiento de James Mill fue rechazado por la incoherencia misma de sus presupuestos en el hito simbólico del movimiento feminista que fue la publicación en 1825 de *La demanda de la mitad de la razón humana, las mujeres*. Allí se distinguen tres situaciones de las mujeres que requieren respuestas diferentes: las mujeres sin maridos o padres, las hijas adultas que viven en casa de sus padres y las esposas⁷. Es evidente que el argumento de la coincidencia de intereses que utiliza James Mill no puede utilizarse respecto al primer grupo que abarca a las mujeres solteras y viudas sin padres vivos que no son pocas preci-

⁵ *Ibidem*, p. 45.

⁶ *Ibidem*, pp. 45-46.

⁷ THOMPSON, W. - WHEELER, A., *La demanda de la mitad de la raza humana, las mujeres, contra la pretensión de la otra mitad, los hombres, de mantenerlas en la esclavitud política y, en consecuencia, civil y doméstica*, traducción de A. de Miguel y M. de Miguel, Granada, Comares, 2000, pp. 82 y ss.

samente, aunque James Mill parezca reducirlas a una minoría insignificante. En este punto el razonamiento de James Mill cae por su base porque no se puede excluir del disfrute de un derecho a una persona o a un grupo de personas por el simple hecho de ser pocas personas, que además no lo son, y de coincidir en un rasgo determinado, ser mujer, con otros seres humanos a quienes no se reconoce el derecho. Sobre todo porque no hay razones que impidan que ese grupo minoritario pueda ejercer su derecho sin arrastrar en su ejercicio a las demás mujeres. Respecto al caso de las mujeres solteras y viudas con padres vivos y a las esposas el razonamiento de excluir los derechos políticos de las mujeres por encontrarse incorporados sus intereses en los de sus padres o esposos sólo hay que decir que denota la asunción por James Mill de la ideología de la opresión que dominaba la opinión pública del momento: la experiencia demuestra que hay muchas mujeres que se llevan mal con sus padres y maridos, y que están deseando abandonar la casa paterna o el vínculo matrimonial. El razonamiento descuida el punto de vista de las interesadas que puedan entender que sus esposos no saben interpretar adecuadamente sus intereses. La comunidad afectiva, que además no tiene por qué producirse, no garantiza por sí sola que los cónyuges puedan evolucionar en un sentido diferente provocando intereses personales también diferentes.

Incluso puede decirse que la despreocupación con que elimina James Mill la consideración de las mujeres solteras y viudas sin progenitores vivos es una muestra más de que la exclusión que propugna lo es por una visión negativa de la mujer, como ser humano incompetente para votar, o cuyos intereses no merecen ser valorados. El razonamiento de la coincidencia de intereses no es sino un argumento *ad hoc* para justificar y asumir una ideología que resulta injustificable desde el punto de vista tanto del derecho igual de cada uno a la felicidad personal como del principio de la realización de la mayor felicidad del mayor número. Ni siquiera puede decirse que la exclusión de las mujeres del disfrute de los derechos políticos responda exclusivamente a un dejarse llevar por la opinión pública, a un no crear con su doctrina una contradicción insuperable con el sentir general que la haga inaceptable o la reste posibilidades de difusión o influencia social. En este punto es significativo que en sus consideraciones sobre las excepciones a la regla general de la sabiduría de la clase media no se recate en despreciar el valor de las acciones de las mujeres comparándolas con las de los niños en su falta de relevancia⁸.

La postura de James Mill respecto a la exclusión de las mujeres del disfrute de los derechos políticos es importante para el análisis de la

⁸ MILL, J., «Sobre el Gobierno», p. 63: «Los incidentes que se han propagado como excepciones a esta regla general, incluso como razones para rechazarla, deben considerarse como contribuciones a su prueba. ¿Qué significado tienen las irregularidades de una turba, en el mayor número de casos compuesta mayoritariamente de mujeres y de niños, que altera durante unas pocas horas o días una localidad determinada?».

teoría feminista de su hijo. El haber realizado con la educación de John Stuart Mill un «experimento»⁹ como el que emprendió su padre privándole prácticamente de la niñez, sin amigos y con una relación de en cierto modo instructor con sus hermanos, empeñado en el estudio, con la consecuencia inmediata de adelantar notablemente su madurez formativa, obliga a confrontar los pareceres de padre e hijo tratando de encontrar en las opiniones del padre claves para la explicación de las tesis fundamentales de su hijo.

John Stuart Mill, que mantiene en general una opinión positiva sobre la filosofía y los objetivos políticos de su padre¹⁰, no duda en reaccionar ante la exclusión propugnada por éste. Si bien reconoce y valora en su padre la consideración del sufragio democrático como el «artículo principal de su credo político»¹¹, se opone decididamente a la exclusión femenina. Así, reflejando la opinión general de los discípulos de su padre, señala con rotundidad que: «Aunque su *Ensayo sobre el Gobierno* era probablemente estimado por todos nosotros como obra maestra del conocimiento político, nuestra adhesión no llegaba al extremo de aceptar ese pasaje de la obra en el que mantiene que es consistente con el buen gobierno el que las mujeres queden excluidas del sufragio, porque sus intereses son los mismos que los de los hombres... estábamos en profundo desacuerdo con esa doctrina»¹². El principio de autoridad, que era la nota fundamental que distinguía la situación del hombre y de la mujer, no podía hacer que los intereses de las mujeres se diluyeran en los de los hombres. Lo que había que hacer era precisamente prevenirse ante los ejercicios de autoridad de quien detenta el poder. Y en este punto las razones para la extensión del derecho al voto al género masculino imponen también su extensión a las mujeres, porque sus intereses «no pueden estar comprendidos en los intereses de los hombres de modo distinto a como razonan los reyes que representan ellos mismos los intereses de sus súbditos»¹³.

Es verdad que Mill ofrece una visión favorable de la tesis de su padre tratando de dar una explicación: «Debe concedérsele a mi padre que él mismo no dijo positivamente que las mujeres deberían ser excluidas, ni tampoco los hombres con menos de cuarenta años, respecto a los cuales mantenía en el párrafo siguiente una tesis exactamente igual. No estaba tratando, como él mismo dijo sinceramente, de si el sufragio tenía que restringirse sino únicamente de que, asumiendo que tuviera que ser así, cuál habría de ser el límite de la restricción

⁹ Se toma la expresión del mismo MILL, J. S., *Autobiografía*, traducción de C. Mellizo, Madrid, Alianza, 1986, p. 54.

¹⁰ El 12 de enero de 1854 señala en su diario: «Apenas si hay ejemplo más patente de lo poco fiable que es la fama póstuma que el olvido en que mi padre ha caído en el mundo en general. ¿Quién tuvo jamás mayor derecho que él para ocupar su lugar entre los grandes nombres de Inglaterra?». Cfr., MILL, J. S., *Diario*, Madrid, Alianza, 1996, p. 7.

¹¹ MILL, J. S., *Autobiografía*, cit., p. 118.

¹² *Ibidem*, p. 116.

¹³ *Ibidem*, p. 117.

para que ésta no implicase sacrificio alguno de las garantías del buen gobierno»¹⁴. Es una explicación forzada porque para empezar no vale el paralelo entre la restricción del derecho al voto a las mujeres y la consideración del voto de los menores de cuarenta años. La primera tiene un carácter absoluto, aunque la justificación que da sea inaceptable por lo que la experiencia refleja y por la falta misma de sentido de sus presupuestos. Por contra, la consideración de la edad de cuarenta años respecto al derecho al voto es simplemente especulativa, porque James Mill se abstiene de fijar un límite de edad preciso, inalterable, reconociendo que cabe en este punto una «cierta laxitud»¹⁵. Es por eso que utiliza la expresión «imaginemos que se prescribe la edad de cuarenta años como aquélla a la que comienza el derecho al sufragio»¹⁶, mostrando que a partir de esa edad las leyes que hagan los hombres irán siempre en beneficio del conjunto de la sociedad. Eso no quiere decir que unos votantes de edad menor no puedan alcanzar el mismo fin. Lo que significa únicamente es que la determinación de la edad para el derecho al voto deberá hacerse en función de la aptitud del elector para garantizar los intereses generales. Esta es la línea que marca el límite de la restricción, sin que quepa en este punto descalificar de antemano a las mujeres como votantes. No tienen éstas intereses contradictorios con los de la comunidad, del mismo modo que tampoco pueden sus intereses entenderse incorporados a los del hombre. Porque hay muchas mujeres que no tienen ni siquiera referencia directa de un hombre concreto que pueda incorporar sus intereses, y porque la experiencia demuestra que muchas veces lo que hay es una distinción muy clara entre los intereses de los hombres y los de las mujeres. Dicho más claro, entre los intereses de quienes ejercen el poder y los de quienes se encuentran sometidos al poder del género.

Por otro lado, el que James Mill estuviera pensando fundamentalmente en la garantía del buen gobierno no quita que eso que entiende como garantía del buen gobierno, y que está por demostrar que lo sea realmente, acabe provocando una discriminación directa de los intereses de las mujeres. El razonamiento tendría que invertirse, mostrando la situación física y social de la mujer como una justificación añadida del reconocimiento de sus derechos políticos¹⁷, y el sinsentido que supone excluir a un grupo tan numeroso de la formación de una decisión que se entiende que va dirigida a la realización del bienestar común. La denuncia de la restricción injustificada del derecho al voto a las mujeres actúa así como pretexto para una denuncia más general.

¹⁴ *Ibidem*, p. 116.

¹⁵ MILL, J., op. cit., p. 46.

¹⁶ *Ibidem*, p. 47.

¹⁷ MILL, J. S., *Del gobierno representativo*, traducción de M. de Iturbe, Madrid, Tecnos, p. 112, caracteriza a la diferencia sexual de «insignificante respecto a los derechos políticos, como la diferencia de estatura o la del color del cabello... si hay alguna diferencia está a favor de las mujeres, puesto que siendo físicamente más débiles dependen de la ley de la sociedad para su protección».

Es la situación de desigualdad de las mujeres, el sometimiento de su voluntad, la obstaculización jurídica y social que encuentran para elegir libremente y poder llevar a cabo sus planes de vida lo que de verdad importa. Y en este punto su exclusión del disfrute de los derechos políticos no es sino una muestra más de la opresión que les ha tocado vivir. Una muestra muy significativa por la relación directa del disfrute de los derechos políticos con la posibilidad del ejercicio de los demás derechos a partir del reconocimiento que Mill hace de la participación política como fuente fundamental de la educación y desarrollo de los individuos¹⁸.

John Stuart Mill no se contentó con denunciar la situación de opresión de la mujer incidiendo en la falta de justificación de su exclusión del disfrute de los derechos políticos. Trató de cooperar activamente en la eliminación de ese mal social, asumiendo la reivindicación del voto femenino en su actividad pública, primero como candidato y después como parlamentario. Mill se encontraba muy sensibilizado en los años en que desarrolló su actividad parlamentaria, de 1865 a 1868, por las circunstancias personales que le había tocado vivir con su esposa, desafiando primero el ambiente puritano de la época y embebido después por la frustración que le produjo la muerte de su ser más querido. Ello le hizo convertirse en un activista decidido de las reivindicaciones feministas. La práctica de la lucha contra la opresión femenina condicionó su propia actividad teórica retrasando hasta el momento políticamente más oportuno la publicación de *El sometimiento de las mujeres*, concluida siete años antes. Igualmente antepuso como cuestión de principios la defensa del voto femenino a la misma eventualidad de ocupar el escaño parlamentario. De hecho, relata Mill que su candidatura se olvidó de los intereses más inmediatos de sus electores haciéndoles saber que no iba a tener tiempo para ocuparse de los asuntos locales, promoviendo por primera vez en una campaña electoral la representación femenina en igualdad de condiciones respecto a los hombres¹⁹. La defensa del sufragio femenino en el Parlamento se convirtió para él en un «deber moral y social» que colmaba su atención, al entender que su papel en el Parlamento era hacer lo que otros no podían o no querían hacer²⁰.

En este punto fue más un representante de sus principios que de las opiniones de sus representados, asumiendo argumentos posibilistas para su realización. Así no dudó en presentar al Parlamento la primera petición contra la desigualdad de género respecto al derecho al voto. En ella se proponía el reconocimiento del voto a las mujeres propietarias que no tuvieran vínculo matrimonial. La restricción, aun formulada doctrinalmente por Mill²¹, era aquí fundamentalmente estratégica.

¹⁸ En general MILLER, J. J., «J. S. Mill on plural voting, competence and participation», en *History of Political Thought*, Vol. XXIV, núm. 4, Winter 2003, pp. 647-667.

¹⁹ MILL, J. S., *Autobiografía*, cit., pp. 263-264.

²⁰ *Ibidem*, p. 267.

²¹ MILL, J. S., *Del gobierno representativo*, cit., pp. 114-115.

En realidad no estaba en juego tanto la asunción de la tradición constitucional inglesa que vincula la representación al pago de impuestos. Asunción por otra parte perfectamente coherente con su pensamiento²². Con ella estaba llamando la atención de los parlamentarios y de la misma sociedad sobre la incoherencia de negar representación a quienes cumplen plenamente con los requisitos establecidos para elegir a sus representantes. La estrategia de Mill se repite en 1867 con la presentación de su enmienda al Proyecto de Reforma Electoral en la que proponía la sustitución de la palabra hombre por persona. Ninguna de las iniciativas prosperó, si bien permitieron poner en discusión el problema del voto femenino tanto en el Parlamento como en la sociedad en general. Las distintas opiniones que generaron sus propuestas, aunque tuvieron algunas veces una connotación despectiva²³, fueron preparando el caldo de cultivo que daría lugar al reconocimiento pleno años más tarde de los derechos políticos de la mujer. Mill debía tener muy presente el valor anticipador de sus propuestas y el sentido del debate público suscitado cuando señalaba que fue «el único servicio público de real importancia que prestó en su actividad parlamentaria»²⁴. Una consideración que no le impidió encajar con cierto escepticismo su derrota en las elecciones al Parlamento de 1868²⁵. Al fin y al cabo podía tener la satisfacción del deber cumplido. Había sentado las bases para que la publicación de *El sometimiento* en el año siguiente pudiera tener el efecto social deseado. En ella mostraba Mill, sin embargo, un feminismo moderado que, si bien era un avance considerable sobre la situación preexistente, se dejaba llevar por la ideología de la naturaleza femenina que tanto daño hacía y ha seguido haciendo a la causa de la liberación de la mujer. Las circunstancias personales y las influencias recibidas de su entorno más próximo explican en gran medida el carácter moderado, en ciertos aspectos conservador, de algunos de sus razonamientos y propuestas. Pero también dan cuenta de la sensibilidad mostrada por Mill respecto al sistema de dominación impuesto a las mujeres. Su aportación merece sin duda una valoración positiva como un importante hito de la lucha feminista que jugó su papel en el momento preciso. Valoración

²² *Ibidem*, p. 104: «Es también importante que la asamblea para votar los impuestos... sea elegida exclusivamente por los contribuyentes».

²³ Una exposición de los avatares del debate provocado por las propuestas parlamentarias de Mill sobre el voto femenino en KINZER, B. L. – ROBSON, A. P. – ROBSON, J. M., *A moralist in and out the Parliament. John Stuart Mill at Westminster, 1865-1868*, Toronto, University of Toronto Press, 1992, pp. 103-148. También en DE MIGUEL, A., «Prólogo» a MILL, J. S., *El sometimiento de las mujeres*, traducción de A. Pareja, Madrid, Edaf, 2005, pp. 51-55, reproducido en parte en DE MIGUEL, A., «El feminismo en clave utilitarista ilustrada: John S. Mill y Harriet Taylor Mill», en AMORÓS, C. – DE MIGUEL, A. (eds.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización*, Tomo 1, Madrid, Minerva, 2005, pp. 206-209.

²⁴ MILL, J. S., *Autobiografía*, cit., p. 281.

²⁵ *Ibidem*, p. 287: «El que no se me eligiera no debería requerir ninguna explicación, lo que pica la curiosidad es el que se me eligiera la primera vez, o el que, habiendo sido elegido entonces, fuera después derrotado».

que adquiere especial sentido por venir de quien, perteneciendo al género dominante, podía encontrarse muy cómodo en la situación. Tiene particular interés en este punto mostrar el encaje de sus tesis feministas en la filosofía de Mill. En el fondo se trata de comprender hasta qué punto las influencias recibidas se limitan o no a modelar una conformación definitiva de unas ideas que constituyen la proyección natural de su pensamiento en un problema de repercusión social indudable.

II. LA AMBIVALENCIA DE LAS INFLUENCIAS PERSONALES

La vida de Mill estuvo marcada por la presencia de dos personas que ejercieron una influencia poderosa sobre su producción intelectual. Por un lado su padre, que le situó en unas coordenadas intelectuales precisas. Y que, con la fría formación que le dio, acentuando los aspectos analíticos y racionales con perjuicio de los sentimentales, produjo el efecto paradójico de dejarle expuesto a dejarse llevar más allá de lo habitual por los sentimientos. La autobiografía da cuenta de esta situación. Señala así que las enseñanzas de su padre «tendían a menospreciar el sentimiento»²⁶, que la relación con sus hijos estaba dominada por la ausencia de ternura²⁷, lo que provocó como resultado convertirle, al menos durante algún tiempo, en una «mera máquina de razonar»²⁸. Ello era así por la debilitación que provocan los hábitos analíticos de las asociaciones que califica de «mera cuestión de sentimientos»²⁹. Aunque en una segunda fase de su pensamiento cambió radicalmente su inclinación, hasta convertir al cultivo de los sentimientos en «uno de los puntos cardinales de mi credo ético y filosófico»³⁰, se entiende que una persona acostumbrada a no valorar en el período trascendental de la formación de su personalidad, la niñez y la adolescencia, la influencia de los sentimientos en la acción humana, pudiese verse desbordada por la pasión al enfrentarse más tarde a aquéllo que no se le había enseñado a dominar con el cálculo racional. Su falta de formación para los sentimientos le había hecho especialmente vulnerable en este punto.

La segunda influencia decisiva es la de Harriet Taylor, a quien conoció en plena juventud, y que terminó convirtiéndose en su esposa en 1851. Si la educación recibida le dejó especialmente expuesto a las emociones, ella fue el motivo determinante de ese desbordamiento pasional. Sus palabras no dejan duda del efecto arrasador de su presencia sobre sus sentimientos. Así la califica de «bendición principal

²⁶ *Ibidem*, p. 121.

²⁷ *Ibidem*, p. 73.

²⁸ *Ibidem*, p. 120.

²⁹ *Ibidem*, p. 145.

³⁰ *Ibidem*, p. 150.

de mi existencia»³¹, «la persona más admirable que había conocido»³², llegando a señalarla como la única persona capaz de superar a su padre en la capacidad de influir sobre las opiniones de los demás y en el ejercicio de esa capacidad para la promoción de la libertad y el progreso³³. Deslumbrado por sus aptitudes vitales e intelectuales, Mill concibió su existencia en comunión directa con ella, pero siempre desde una posición de admiración por parte de quien confiesa considerarse inferior. Así, por ejemplo, al decir que: «cuando entré en comunión intelectual con una persona de las más eminentes facultades, cuyo genio, tal y como fue creciendo y desarrollándose en el pensamiento, continuamente descubría verdades mucho antes que yo, en las que no pude detectar, como había hecho con aquellos otros, ninguna mezcla de error, se comprenderá, digo, que la mayor parte de mi desarrollo espiritual consistiera en la asimilación de esas verdades, y que la parte más valiosa de mi labor intelectual consistiera en tender puentes y abrir vías que los conectaran con mi sistema general de pensamiento»³⁴. También cuando declara que «lo que yo le debo a ella, incluso en un orden intelectual, es, analizándolo con detalle, casi infinito»³⁵. O cuando, tras su muerte, cierra la dedicatoria de *Sobre la libertad* diciendo que «si yo fuera capaz de interpretar para el mundo la mitad de los grandes pensamientos y nobles sentimientos enterrados por ella le prestaría un beneficio más grande que el que verosíblemente pueda derivarse de todo cuanto yo pueda escribir sin la inspiración y la asistencia de su sin rival discreción»³⁶. Son declaraciones que nos muestran a un Mill seducido completamente por su compañera no sólo por sus cualidades intelectuales, sino también por los demás elementos que componen su atractivo personal. Incide especialmente en detallar sus condiciones intelectuales por ser lo que entiende que interesa a sus lectores. Pero la emotividad con que habla de ella demuestra que nos encontramos ante un hombre seducido hasta la pasión por la completa personalidad de su musa. Él mismo lo da a entender cuando destaca la deuda que tiene con ella «incluso en el orden intelectual», asumiendo que en otros órdenes la deuda puede ser todavía mayor.

Sin duda, el no haber disfrutado de una relación ortodoxa con ella durante muchos años le llevó a idealizar aun más sus sentimientos. Mill conoció a su futura esposa ya casada con John Taylor. Harriet no abandonó nunca definitivamente la casa familiar encontrándose con Mill en numerosos viajes, pero su contacto fue constante y apasionado. Fue una relación en cierto modo consentida por los tres, en la que

³¹ *Ibidem*, p. 182.

³² *Ibidem*, pp. 182-183.

³³ *Ibidem*, p. 199.

³⁴ *Ibidem*, p. 234.

³⁵ *Ibidem*, p. 186.

³⁶ MILL, J. S., *Sobre la libertad*, traducción de P. de Azcárate, Madrid, Alianza, 2004, p. 56.

no faltó el respeto mutuo de los participantes. Así, Harriet no dudó en alejarse temporalmente de Mill cuando le necesitó su marido mortalmente enfermo, dedicándole fervientes cuidados en los dos últimos meses de su vida. Pero fue también una relación hasta cierto punto autorreprimida, porque los futuros esposos no pudieron darle carácter oficial hasta el fallecimiento de John Taylor. El matrimonio con Harriet colmó las expectativas de Mill proporcionando a los nuevos esposos una plenitud de vida en común durante siete cortos años, hasta la muerte de ella en 1858. Este triste acontecimiento no impidió que Mill siguiera teniéndola presente en sus pensamientos con una incomparable devoción. De hecho, pasaba gran parte del año con la hija de su mujer, «mi compañera en el sufrimiento y ahora mi mayor consuelo»³⁷, en una casita comprada por su proximidad al cementerio en el que estaban enterrados sus restos.

La trayectoria de la relación de los esposos, desde la heterodoxia y la autocensura de veintiocho años hasta una plenitud de vida que duró muy poco tiempo, nos muestra a un Mill apasionado que quizá pudo exagerar el detalle de las cualidades de su esposa. Queda en este punto la duda del grado de influencia que tuvo Harriet en sus publicaciones. Parece, de todos modos, que no fue poca. De hecho, si hacemos caso a sus palabras Harriet redactó el capítulo VII de los *Principios de Economía Política* y tuvo una participación directa en *Sobre la libertad* (concluida al poco tiempo de la muerte de Harriet) o en la *Autobiografía*, que se empezó a escribir en 1853. En general Mill reconoce a Harriet una intervención constante en sus trabajos, aunque no se ciñera ésta estrictamente a su redacción. Intervención que considera decisiva, la que ha dado lo «más valioso»³⁸ a las obras escritas en colaboración. Esta afirmación, sin duda exagerada, es contradicha por el hecho cierto de que los trabajos fueron firmados únicamente por Mill y por el diferente equipaje intelectual de los dos. Hay que pensar que en este punto también el apasionamiento de Mill le hizo extremar su generosidad. Hasta tal punto idealizó la trascendencia de Harriet sobre sus trabajos que a su muerte llegó a extenderla a su hijastra, afirmando que, al igual que sucedía con su madre, su participación había sido también superior a la de él mismo³⁹. Exageraciones aparte, el haber señalado expresamente que Harriet no participó en la *Lógica* hace creer que en los casos no excluidos sí hubo participación de ella, aunque no fuera siempre tan valiosa cualitativamente como hace ver Mill.

³⁷ MILL, J. S., *Autobiografía*, cit., p. 231.

³⁸ *Ibidem*, p. 233.

³⁹ *Ibidem*, p. 249: «Quien tanto ahora como de aquí en adelante piense en mí y en la obra que he realizado no debe olvidar nunca que ésta no es el producto de un solo intelecto y de una sola conciencia, sino de tres; y que quien ha tenido en esos escritos una participación menos considerable y, sobre todo, menos original, ha sido la persona cuyo nombre aparece como autor».

Sobre todo porque él mismo señala que la *Lógica* y *Sobre la libertad* son sus obras destinadas a perdurar en mayor medida⁴⁰.

De todos modos, si el grado de participación de Harriet en la elaboración de los trabajos firmados por Mill puede dar pie a discusión, no cabe duda de su incidencia, aun después de muerta, en los objetivos a seguir por Mill, tanto en sus escritos como en su actividad pública. Él mismo lo reconoce, y aquí hay que creerle porque con su declaración no está atribuyendo nada a Harriet que pudiera no corresponderle. Simplemente está confesando sus sentimientos: «Mis objetivos en la vida son únicamente los que fueron los suyos; mis metas y ocupaciones son las mismas que ella compartía o con las que ella simpatizaba, y están indisolublemente asociadas con su persona. Su recuerdo es para mí como una religión; y el intento de ganar su aprobación es el criterio por el que, sabiendo que en él se resume todo lo que puede tener valor, trato de regular mi vida»⁴¹. Sería ingenuo desconocer en este punto la influencia que la sensibilidad de Harriet para la causa feminista tuvo sobre los planteamientos de Mill, convertido en un auténtico activista del feminismo. Aunque sea de un feminismo de alcance moderado. En todo caso menor que el feminismo de Harriet. En distintas ocasiones señala Mill que sus proclamas a favor de la igualdad de los sexos se remontan a la primera época de su evolución intelectual, aunque han ido madurando y perfilándose con el tiempo⁴². No hay por qué discutir esa afirmación⁴³, que además es coherente con el total de su producción intelectual. Pero no cabe duda de que el contacto directo con una persona que había cautivado sus sentimientos en el modo que lo había hecho Harriet había de incidir en la mayor dedicación de Mill a la lucha emprendida por su mujer⁴⁴. En este punto hay que entender que en sus opiniones sobre el matrimonio, sobre todo las del *Ensayo* de 1832, pesa la influencia de Harriet. Pero pesa también la situación misma de la relación afectiva entre ambos. En los demás aspectos que reflejan la descripción y crítica del sometimiento de las mujeres y los intentos de modificar la situación la influencia de Harriet se deja sentir más directamente.

Mill no trata ya sólo de hacer un trabajo que proyecte los principios generales de su pensamiento, asume una posición militante. El quedarse corto en algunos planteamientos respecto a la postura de Harriet se podía entender en alguien perteneciente al género dominante, que bastante había hecho con traducir al papel los principios feministas de su compañera, aun moderando su radicalidad por no poder eliminar completamente sus prejuicios sobre la naturaleza femenina. Es significativo en este punto que fuera un varón quien comprometie-

⁴⁰ *Ibidem*, p. 239.

⁴¹ *Ibidem*, p. 241.

⁴² MILL, J. S., *El sometimiento...*, cit., p. 71; *Autobiografía*, cit., p. 234 en nota.

⁴³ GARCÍA AÑÓN, J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, Madrid, Mc GrawHill, 1997, p. 46.

⁴⁴ Así lo reconoce también en su *Autobiografía*, cit., pp. 234-235 en nota.

ra ahora su firma en la defensa de la tesis de la igualdad de derechos⁴⁵. Sin embargo, puede también pensarse que su moderación se vio influida por la conjunción de la educación recibida y de la contemplación y valoración de los dones personales de su amada. Mill había señalado ya en las primeras páginas de su *Autobiografía* que la educación que le proporcionó su padre incidía en «dar demasiado crédito a la inteligibilidad de lo abstracto cuando no va aparejado a algo concreto». Esta característica, calificada por él mismo como un «defecto» educativo⁴⁶, le llevó a apreciar especialmente las capacidades de quienes dan a su saber un sentido práctico y humano. Ésta fue una cualidad que sin duda vio Mill en su compañera: «Lo abstracto y puramente científico solía ser mío; el elemento más propiamente humano provenía de ella. En todo aquello que se refería a la aplicación de la filosofía a las exigencias de la sociedad humana y del progreso fui yo su discípulo, tanto por el vigor y decisión de sus especulaciones como por la cautela con que formulaba juicios de orden práctico»⁴⁷. La idealización de la figura de Harriet como prototipo de la suma de virtudes llevó a Mill a ver probablemente en esta característica un motivo de valor. Algo que, como todo lo que Harriet tenía, sólo podía suscitar aprecio y admiración.

En este punto Mill no puede desembarazarse de la representación de Harriet cuando proclama la igualdad de los sexos y cuando señala los beneficios para toda la humanidad de hacer realidad la liberación de la mujer. Es por ello que en la justificación de su propuesta se sirve del modelo de mujer que representa Harriet para extender lo que él considera como valores propios de su personalidad al conjunto de las mujeres. Se produce una generalización del modelo personal de Harriet como modelo propio del sector de la población cuyos derechos trata de defender de la opresión. Pero con ello Mill no está haciendo sino reconocer una naturaleza especial femenina que coincide precisamente con las características de Harriet. Y que si se observa que coincide también en otras mujeres no hay que pensar que pueda obedecer a ninguna otra causa que no sea la educación común recibida como mujeres. Esto es, la educación recibida para su sometimiento al género dominante.

Podría pensarse en este punto que esa aptitud para la vida práctica se da, en las mujeres que consiguen tenerla, porque es la única aptitud que les interesa a los hombres que ellas tengan para poder prestarles servicios de ese tipo. Y que son educadas para que quien tenga condiciones y potencialidades sólo pueda desarrollarlas en ese ámbito concreto, sin poder alcanzar los ámbitos más elevados a los que accede el varón. Pero eso sería considerar a una de las características que ador-

⁴⁵ *El sometimiento* no es, sin embargo, la primera obra feminista importante redactada por un hombre. Ya William Thompson había publicado con Anna Wheeler *La demanda* con anterioridad.

⁴⁶ MILL, J. S., *Autobiografía*, cit., p. 49.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 237.

nan la personalidad de Harriet como algo desdeñable, que si lo tiene la mujer es porque no puede acceder a niveles intelectuales más altos. Es algo que, desde luego, Mill no estaría dispuesto en ningún caso a admitir. De todos modos, sea cual sea la valoración que atribuye Mill a la cualidad de Harriet generalizándola al sexo femenino en su conjunto, al implicar la existencia de una naturaleza femenina especial, diferente de la naturaleza masculina, se están sentando las bases para un trato diferente de la mujer. Cada uno habría de ser tratado en función de su naturaleza, ordenando la educación que recibe y su misma posición en la sociedad a la realización de la función que le corresponde cumplir en ella. Es éste un planteamiento premoderno que Harriet no podría compartir, y que tampoco lleva Mill hasta sus últimas consecuencias. Pero ello no quita que con la citada generalización está incurriendo Mill en el prejuicio de la diferencia y complementariedad de los sexos. Esto es, en el prejuicio que fundamenta la situación de opresión de la mujer que él mismo se esfuerza en combatir. Es el riesgo que quizá comporta la construcción de una teoría a lomos de un modelo idealizado de mujer. Algo que no necesitan las mujeres. Porque tampoco tienen que ser precisamente ideales para que se les reconozcan sus derechos y se les de un trato idéntico en este punto al que disfrutaban las personas del otro sexo.

III. EL INEVITABLE RECORTE DEL FEMINISMO LIBERAL DE MILL

Decir feminismo moderado es tener un modelo de referencia, el feminismo ortodoxo o radical. Implica comparar, entender que no se ha llegado tan lejos como el modelo señalado. Mill elabora su obra en un momento de agitación feminista. La publicación de *La demanda* tiene lugar apenas un año antes de la crisis mental de Mill de 1826 al perder atractivo los objetivos que se había venido planteando. Su matrimonio con Harriet, que abre el período más fecundo de su producción, acaece en 1851, justo un año después de la Convención de Seneca Falls. Incluso en una sociedad tan cerrada y puritana había, pues, un ambiente adecuado para imaginar un modelo de referencia radical con el que medir el nivel feminista de la obra de Mill. No se discute su valor como aportación positiva a la causa feminista, sobre todo a la luz de las circunstancias sociales y políticas de su tiempo. Lo que se trata es de buscar el modelo de referencia más significativo para considerar sus opiniones como moderadas, esto es, como opiniones que no habían agotado todas las posibilidades de apertura a la igualdad de sexos que ofrecía el contexto cultural que le tocó vivir.

El modelo de referencia más significativo en este punto sin duda lo proporciona Harriet. El intercambio intelectual permanente entre ellos, favorecido por la mayor proximidad personal tras la muerte de

su esposo, permite aventurar que si Mill no llegó tan lejos como su compañera no fue porque no hubiera tenido posibilidad de acceder a sus planteamientos y respuestas. Fue porque sencillamente su percepción de la mujer, sobre todo de la mujer en la vida en pareja, difería un tanto de la de ella. Este es un motivo más para pensar en la influencia de Harriet sobre la postura feminista de Mill. Porque, inspirados ambos en unos mismos principios, tal vez más solidamente asentados en la mente de Mill, sin embargo, no alcanzan en su proyección sobre el análisis de la situación social de la mujer la radicalidad que expresa con el convencimiento más firme Harriet. En este punto puede decirse que Mill reformuló en *El sometimiento* las ideas anticipadas por Harriet en su trabajo sobre *La emancipación de la mujer*. Fue una reformulación aligerada de la carga de radicalidad que caracterizaba a la opinión de Harriet sobre el tema. Una redefinición en la que se colaban, tal vez inconscientemente, algunos estereotipos sobre la naturaleza femenina que Harriet no podía compartir. Mill reconoce en su *Autobiografía* una cierta participación en la composición de la obra a la hija de Harriet, con la generosidad que caracteriza su disposición hacia su núcleo familiar más próximo. Y a continuación señala que «lo que en el libro está compuesto por mí y contiene los pasajes más eficaces y profundos, pertenece a mi esposa y proviene del repertorio de ideas que nos era común»⁴⁸. Afirmación que no casa con los pasajes en los que Mill se deja llevar en cierta forma por el prejuicio de la diferencia, a no ser que se quiera excluir a dichos pasajes del carácter de pasajes más eficaces y profundos que proclama pertenecientes a su esposa, si no en la redacción sí al menos en su inspiración. Sí encaja perfectamente, sin embargo, con el tono general de la obra, tendente a mostrar la injusticia que soportaba la mujer y las vías para superarla. En sus propósitos sí siguió Mill el camino trazado por Harriet.

El sometimiento constituye en este punto una exposición sistemática de las ideas de Mill sobre la situación de la mujer. Es además una obra de madurez que refleja la postura definitiva de su autor. La publica a los sesenta y tres años de edad, cuatro años antes de su fallecimiento, habiéndola redactado en 1861. Pero el análisis del pensamiento de Mill exige tener en cuenta también el *Ensayo sobre el matrimonio y el divorcio* de 1832, redactado apenas hubo conocido a Harriet. Éste refleja en cierta medida la conmoción que le produjo el encuentro con una compañera ideal cuya relación con ella quedaba interferida por ser una mujer casada y con hijos⁴⁹. Las opiniones expresadas en él son

⁴⁸ *Ibidem*, cit., p. 250. Entre las opiniones que avalan esta atribución, MILLET, K., *Política sexual*, traducción de A. M.^a Bravo García, Madrid, Cátedra, 1970, p. 177: «la profundidad alcanzada por dicho ensayo en su análisis de psicología femenina constituye una prueba indudable de la intervención de alguna mujer».

⁴⁹ De hecho la redacción del *Ensayo* responde a la voluntad conjunta de poner ambos por escrito, por separado, sus opiniones sobre el matrimonio y el divorcio. Ello permite comparar las diferencias y semejanzas de ideas a la hora de analizar un problema que les afectaba a los dos. Si bien les afectaba de modo distinto por ser Harriet quien se encontraba casada y con hijos, frente a Mill, que no había contraído matri-

un antecedente de las contenidas en *El sometimiento*. A pesar del tiempo transcurrido entre la redacción de ambos trabajos la continuidad existente entre ellos salta a la vista, sobre todo porque afecta también al prejuicio de la diferencia que mantendrá Mill hasta el final⁵⁰. Una prueba más, creemos, de la influencia ejercida por Harriet en el complejo sentido apuntado y de la estabilidad de su idealización por parte de Mill. Sus opiniones sobre el matrimonio adquieren también un significado especial a la vista de la influencia, de otro signo evidente, ejercida por su padre. Hay que recordar que James Mill justificaba la exclusión de la mujer del disfrute de los derechos políticos con el razonamiento de que los intereses de prácticamente todas ellas están incluidos en los de sus padres o esposos. Esto supone pensar que casi todas las mujeres mayores de edad que viven fuera del hogar paterno están casadas. Por lo menos, que el matrimonio es el estado que le corresponde y al que ha de aspirar la mujer.

En este punto las diferencias entre Harriet y Mill son ostensibles. Harriet se muestra directamente contraria al matrimonio. Lo considera un medio de prostitución de la mujer destinado a desaparecer una vez que se produzcan los cambios educativos que le permitan dirigir su vida hacia objetivos más elevados⁵¹. Sensibilizada probablemente por su situación personal entiende absurdas las restricciones legales en materia de sentimientos, sobre todo teniendo en cuenta que la mujer suele acudir al matrimonio sin un conocimiento preciso, por su misma juventud, de las condiciones del contrato que suscribe. El problema de los hijos es una cuestión de responsabilidad de la mujer, que sólo tendría los hijos que pudiera mantener. Denuncia en este punto la situación generalizada en que «el interés de la mujer es tener hijos para multiplicar los lazos con el hombre que la alimenta», augurando una situación en que no querrá tenerlos⁵². Harriet escribe estas palabras teniendo hijos pequeños. Aunque nada hace pensar que su caso no fuera el de la madre responsable que los hubiera tenido igual procurándose medios para mantenerlos, la sequedad de su expresión pone de manifiesto el tipo de temperamento que posee, que aúna a la vez racionalidad y determinación⁵³. De hecho su propio planteamiento de

monio. Y que no lo hizo hasta que las circunstancias, la muerte del esposo de Harriet, le permitieron hacerlo con la mujer en la que centró por completo sus sentimientos.

⁵⁰ GIL RUIZ, J. M., «El debate intelectual de John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill en los ensayos sobre la igualdad sexual», en ESCAMILLA, M. (ed.), *John Stuart Mill y las fronteras del liberalismo*, Granada, Universidad de Granada, 2004, p. 77.

⁵¹ TAYLOR, H., «Ensayo sobre el matrimonio y el divorcio», en MILL, J. S. – TAYLOR, H., *Ensayos sobre la igualdad sexual*, traducción de C. Martínez Gimeno, Madrid, Cátedra, 2001, p. 115: «No tengo duda de que cuando toda la comunidad esté realmente educada, aunque las leyes matrimoniales actuales continúen, quedarán en desuso porque nadie se casará».

⁵² *Ibidem*, p. 116.

⁵³ Se ha señalado en este punto que la crítica de Harriet al matrimonio incorporaba también la crítica al amor romántico. Cfr., HAMBURGER, J., *John Stuart Mill on Liberty and Control*, Princeton-New Jersey, Princeton University Press, 1999, p. 25.

compartir la vida entre su esposo y su amado, dándole a cada uno un espacio diferente, confirmará estos mismos caracteres.

Frente a la posición radical de Harriet, Mill tiene una postura más matizada. Movido sin duda por el deseo inalcanzable de compartir su vida con Harriet, dirige sus críticas a la regulación legal del matrimonio más que a la institución misma. Distingue entre la necesidad de liberar a la mujer de la opresión en que se encuentra por razón del matrimonio y el modelo ideal de relación hombre-mujer. La opresión se produce no por el matrimonio mismo, sino porque las mujeres no tienen otra opción social que acudir a él. El problema está en la educación sesgada de la mujer, a quien se hace sentir reducida a la nada si no cumple la única función real que le reserva la sociedad: «A las mujeres se las educa para que no sean capaces de subsistir en el mero sentido físico sin que un hombre se ocupe de ellas..., para que no tengan vocación u oficio útil que cumplir en el mundo si permanecen solteras... todas las mujeres son educadas para ser casadas... Por lo tanto una mujer soltera se siente, y los demás la sienten, como una excrescencia en la superficie de la sociedad, en la que no tiene uso y función»⁵⁴. La alternativa es evidente: educar a la mujer para la independencia, para que sea capaz de valerse por sí misma, para que el matrimonio sea una opción personal y no una necesidad subsistencial, evitando que, no estando enamorada, pueda caer en lo que constituye «la esencia de toda prostitución, el acto de entregar su persona por pan»⁵⁵. Independencia es sinónimo de dignidad y sólo serán dignas las mujeres cuando tengan medios para subsistir por sí mismas. Lo cual requiere un bagaje educativo completamente distinto al de su tiempo.

En esa situación, despojada de toda posibilidad de desenvolverse por sí misma, el matrimonio era el mal menor que la mujer tenía que defender a toda costa, el instrumento para asegurarse esa degradante situación de subsistencia dependiente. La indisolubilidad del vínculo se convertía en «la piedra angular» de la opresión⁵⁶ que había que derrumbar para establecer un nuevo modelo de relaciones hombre-mujer. Mill coincide con Harriet en la precariedad de la mujer joven que contrae matrimonio sin experiencia y con escaso conocimiento de su cónyuge. El divorcio es en este punto una garantía para la felicidad de quienes se encuentran incómodos en el matrimonio por falta de afinidad con su cónyuge o han sentido la llama de la pasión hacia otra persona. Es el complemento imprescindible de la educación integral para garantizar la igualdad entre los sexos⁵⁷. Es lógico pensar que Mill escribió este trabajo desde su posición de enamorado de alguien atado

⁵⁴ MILL, J. S., «Ensayo sobre el matrimonio y el divorcio», en MILL, J. S. – TAYLOR, H., *Ensayos sobre la igualdad sexual*, cit., p. 102.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 104.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 103.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 113: «ahora es el momento propicio para la igualdad, pero es absurdo hablar de ésta mientras el matrimonio sea un lazo indisoluble».

por el vínculo matrimonial. El mismo hecho de proponer para evitar el sufrimiento de los hijos en caso de separación una solución semejante a la que adoptó Harriet apoya esta opinión. Pero es sin duda su inclinación a reservar a la mujer un papel muy próximo a los clichés de la diferencia el mayor argumento en su favor. Una inclinación poco coherente con su declaración de que «no existe una desigualdad natural entre los sexos, salvo quizá en cuanto a fuerza corporal»⁵⁸. Y es que si las capacidades que deben proporcionarse a la mujer dignifican su situación, en el fondo son capacidades destinadas a no ponerse en acción sino en aquellos casos en que no cabe desarrollar el papel ornamental que le correspondería a la mujer en una situación ideal.

El mantenimiento del equilibrio actual del mercado laboral parece más una disculpa tosca que un argumento real para asegurarse que la mujer siga cumpliendo el papel que el hombre le ha reservado en la vida social, del que queda excluido el ejercicio de sus capacidades⁵⁹. De poco sirve disponer de capacidades para valerse por sí misma si luego no van a ser practicadas. La única ventaja es que siempre podría la mujer usarlas cuando su vocación natural no pudiera desarrollarse. Pero eso no hace sino reforzar la lógica de la diferencia, que es la que conduce en el fondo a la opresión de la mujer, la que le convierte en objeto de disfrute ajeno: «la mayor ocupación de la mujer debe ser embellecer la vida: cultivar, en su propio beneficio y el de quienes la rodean, todas sus facultades de mente, alma y cuerpo, y todos sus poderes de disfrutar y de proporcionar disfrute, y de esparcir belleza, elegancia y gracia por todas partes»⁶⁰. En este punto la tesis de Mill difiere radicalmente de la de Harriet. Él reconoce a la mujer una posición natural que Harriet excluye desde una consideración coherente de la igualdad entre los sexos. Ferviente partidario de la disolubilidad del matrimonio, visto como un obstáculo para su propia felicidad, no duda en idealizar una relación hombre-mujer en la que su amada Harriet, en quien seguramente estaba pensando, dejaría de ser su amor imposible para convertirse en una esposa, con las mayores dotes y capacidades intelectuales, pero siempre una esposa tradicional.

La crítica al matrimonio de Harriet se transforma en una crítica a la legislación y a la educación para el matrimonio en el caso de Mill. Lo que ya era bastante avance para la época, porque le daba a la esposa mecanismos de defensa desconocidos hasta entonces. Una crítica alentada probablemente por su situación personal, pero apoyada también en el sólido fundamento filosófico que supone la libertad y la educación para la libertad. Embebido por el ideal de la unión perfecta

⁵⁸ *Ibidem*, p. 103.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 104: «No es deseable cargar el mercado laboral con un número doble de competidores. En un estado de cosas saludable, el esposo sería capaz medianamente su único ejercicio de ganar todo lo necesario para ambos».

⁶⁰ *Ibidem*, p. 106.

con su amada⁶¹, Mill contrajo matrimonio con Harriet no sin antes dejar constancia de su radical desacuerdo con la institución que sacralizaba legalmente la opresión de la mujer, prometiendo que nunca haría uso del poder conferido por ella⁶². La posición de Mill estaba fijada: llegaba todo lo lejos que podía llegar en su crítica al matrimonio como instrumento legal de opresión, pero no por ello dejaba de seducirle el modelo tradicional de relación hombre-mujer que suponía su idealización del matrimonio, en el que quedaba salvada la igualdad de los cónyuges y la libertad de cada uno de ellos para actuar, rompiendo incluso el vínculo llegado el caso.

Harriet selló la celebración de su matrimonio con Mill con la publicación de *La emancipación de la mujer*, donde plasma su posición decididamente contraria a la exclusión de la mujer de la vida activa. Y, contrariamente a Mill, lo hace desdeñando los razonamientos de la ideología de la diferencia. Rechaza el argumento de la maternidad porque ésta no puede ser un fin en sí mismo. Es una opción que ha de tener la mujer libremente, sin que pueda hablarse de incompatibilidad para la vida activa en el caso de las mujeres que opten por no ser madres. En caso contrario, son ellas mismas las que han de resolver el problema aplicando los costes personales oportunos. Pero estos costes no los puede decidir la sociedad. Ni mucho menos puede la sociedad aplicarlos en forma de incompatibilidades a quien por su libre opción personal no tiene por qué pagar ningún tipo de coste. Lo contrario, la exclusión general de las mujeres, sería algo tan aberrante como reconocer que para la mujer la maternidad es «su única salida»⁶³. Reivindica también el derecho de la mujer a competir sin restricciones en el mercado laboral porque «mientras la competencia sea la ley general de la vida humana, es una tiranía excluir a una mitad de los competidores»⁶⁴. Y es un error analizar si debe o no competir laboralmente la mujer desde el punto de vista del aumento o no de los ingresos de la familia, porque en el caso incluso de que la familia obtuviera la misma renta que si trabajara sólo el hombre, la independencia que da a la mujer la competencia misma es un instrumento muy eficaz para poder preservar su dignidad en la comunidad familiar. En este punto fue muy poca la mella que hicieron en Harriet las consideraciones que veinte años antes había realizado su nuevo esposo.

Pero donde quizá más claramente se rebela Harriet contra la ideología de la diferencia es al tratar el efecto endurecedor del carácter

⁶¹ La expresión «no es bueno que el hombre esté solo» que aplica al objeto de la investigación de la verdad, op. cit., p. 97, podría haberse extendido perfectamente a un ámbito más amplio en su caso.

⁶² Mill dejó la renuncia el 6 de marzo de 1851. El texto de la misma en ROSSI, A. B., «Sentimiento e intelecto. La historia de John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill», en MILL, J. S. - TAYLOR, H., *Ensayos sobre la igualdad de los sexos*, traducción de P. Casanellas, Madrid, Mínimo Tránsito, 2000, p. 67.

⁶³ TAYLOR, H., «La emancipación de la mujer», en MILL, J. S. - TAYLOR, H., *Ensayos sobre la igualdad de los sexos*, cit., p. 127.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 129.

como argumento para la exclusión de la mujer de la vida activa. Entiende que no cabe otra suavidad o ternura en la mujer que la debilidad, la cual está llamada a perder en muy poco tiempo el atractivo que tiene para el varón. El contacto con una mujer débil puede sólo conducir a esfumar por contagio las excelencias del carácter de los hombres que decidan unirse a ellas⁶⁵. En este punto mantiene Harriet sus prejuicios antimatrimonio al entender que el mismo egoísmo familiar le lleva al hombre a plegarse al poder, cediendo sus impulsos de autonomía para conseguir prebendas para su familia, y que el contagio de la convivencia con una mujer intelectualmente inferior sólo se puede salvar, paradójicamente, si el hombre no es feliz en su matrimonio. La emancipación de la mujer encuentra aquí un argumento utilitarista porque beneficia también al hombre, que se libra del peso de asumir la inferioridad de su compañera y pagar cuentas por ello. Pero es sobre todo la independencia de la mujer para decidir el sentido de su vida frente a la imposición legal la que debe quedar a salvo, porque «si la preferencia fuera natural, no habría necesidad de que la ley la impusiera»⁶⁶.

La emancipación es un punto de referencia inevitable para la comprensión de *El sometimiento*, de la influencia de Harriet y de la calificación misma del feminismo de Mill como un feminismo moderado. El simple hecho de que Mill confesara querer traducir en su obra «el repertorio de ideas que nos eran comunes» confirma esta opinión. En realidad, aunque Harriet dio un tratamiento más elaborado a sus ideas, manteniendo un tono radical, no puede decirse que con ello consiguiera hacer salir de la estructura mental de Mill la ideología de la diferencia de sexos que le hacía reducir su alcance transformador. Como mucho consiguió que Mill explicara con mayor detalle las razones que apoyaban el mantenimiento de la situación de opresión e injusticia para la mujer de su tiempo, y que fundamentara más sólidamente los motivos que avalan la paridad entre hombres y mujeres por sus beneficios para la mujer ante todo, pero también para el conjunto de la humanidad.

Mill recupera su formación racional en sus reservas ante las opiniones sustentadas en sentimientos. Entiende que ese conocimiento imperfecto con el que «hemos sustituido la apoteosis de la razón por la del instinto... es el más pernicioso de los cultos falsos de la actualidad»⁶⁷. Y la idea de la subordinación natural de la mujer corresponde precisamente a ese tipo de conocimiento que sólo se puede eliminar afinando los mecanismos de la razón y buscando decididamente las raíces de nuestros prejuicios para poder disminuir su efecto disolvente del conocimiento real. Destaca en este punto que las creencias compartidas por el grupo social tienen tendencia a consolidarse, haciendo muy difícil la demostración de su falta de justificación. Se sacraliza la

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 130-135.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 141.

⁶⁷ MILL, J. S., *El sometimiento...*, cit., p. 76.

opinión común como si fuera infalible, cuando nada demuestra desde un punto de vista racional su misma generalización. Los argumentos racionales en su contra no hacen sino añadir estabilidad a las tesis sostenidas en sentimientos. El sentimiento se defiende frente a la razón por la necesidad de consolidar el valor de la opinión común frente a los ataques que más puedan comprometerlo⁶⁸.

Sostener desde ese punto de vista la legitimidad del sistema de dominación es avalar la justicia de una situación por el simple hecho de estar generalizada. Es usar, en suma, un modo impropio de valoración. Se elimina la posibilidad misma de valoración si se legitima sin más lo existente, que es lo que hay que valorar. Un examen racional tendría que analizar la naturaleza del hombre y la mujer en sí misma, sin estar mediada por la relación entre los sexos. De otro modo estaremos analizando la situación del hombre o la mujer en relación con su contraparte, pero no la naturaleza en sí de cada uno de ellos, que requerirá un estudio de cada ser absolutamente separado, independiente, del otro sexo. En este punto no se puede conocer la naturaleza del hombre o de la mujer porque para ello sería necesario estudiarla en una sociedad que no existe, una sociedad sin personas del otro sexo. No es algo que importe precisamente a Mill, porque su objetivo no es conocer la naturaleza de la mujer sino denunciar el uso de la misma como pretexto para la desigualdad⁶⁹. La naturaleza de la mujer no ha sido nunca descifrada. Cuando se alega para justificar restricciones de los derechos de las mujeres se está alegando «algo eminentemente artificial»⁷⁰, en ningún modo natural. Lo mismo puede decirse del sometimiento mismo de las mujeres. Le falta al sistema la base experimental de su misma confrontación, porque no se ha explorado el gobierno de las mujeres, «jamás se ha puesto a prueba ningún otro sistema»⁷¹. El sistema no deriva pues de ningún cálculo racional, sino que sólo consagra legalmente los hechos.

A partir de la imposibilidad de conocer la naturaleza de la mujer Mill considera que la desigualdad entre los sexos es un obstáculo importante para abrazar otro tipo de conocimientos sobre ella. Es muy raro que los dependientes sean sinceros con sus superiores. Además, como mucho podría cada hombre conocer a la mujer que le es más próxima, su compañera, pero no a las demás. Sería un conocimiento parcial, relativo a una parte ínfima del género femenino y no extensible más allá. Sólo la propia voz de las mujeres expresándose y reconociéndose como tales permitirá que ese conocimiento deje de ser como es hoy, «miserablemente imperfecto y superficial»⁷². Pero es difícil

⁶⁸ *Ibidem*, p. 72.

⁶⁹ DYZENHAUS, D., «John Stuart Mill and the Harm of Pornography», en Dworkin, G. (ed.), *Mill's On Liberty Critical Essays*, Lanham-Maryland, Rowman and Littlefield Publishers, 1997, p. 39.

⁷⁰ MILL, J. S., *El sometimiento...*, cit., p. 107.

⁷¹ *Ibidem*, p. 78.

⁷² *Ibidem*, p. 114.

que la mujer pueda expresarse como tal, mostrar sus capacidades y el potencial de su individualidad, mientras subsistan los obstáculos vinculados al dominio del hombre. Para empezar no es un dominio que beneficie a un solo individuo o a una clase de individuos. Son todo el sexo masculino los interesados en mantener esa situación de sumisión del sexo dominado. Además está la misma proximidad e intimidad de la relación de sometimiento que provoca «un estado crónico de soborno e intimidación combinados»⁷³ del que resulta casi imposible escapar. Es una relación personal que ejerce toda la fuerza de las relaciones personales sin que se le pueda oponer relaciones personales entre los sometidos que puedan ayudar a la rebelión. Un sistema cerrado, legitimado por una educación sexista encaminada a mostrar a la mujer el único camino que le queda: «renunciar por completo a sí mismas y no tener más vida que la de sus afectos... hacia los hombres a los que están unidas, o hacia los hijos, que constituyen un vínculo adicional e irreductible entre un hombre y ellas»⁷⁴. Se olvida la formación para el ejercicio de sus potencialidades porque no hay ninguna potencialidad que deba explotar la mujer, incitada a sofocar directamente su autonomía⁷⁵. Sólo deben acomodarse a lo que los hombres esperan de ellas. Resultarles atractivas se convierte así en «la estrella polar de la educación y formación del carácter femenino»⁷⁶.

El argumento de la incapacidad para desarrollar las actividades de las que quedan excluidas es prueba palpable del cinismo en que se apoya el sometimiento de las mujeres. Para empezar es un argumento que tendría que tener también su correspondiente en el mundo de los varones. Si no todos, al menos sí tendrían que quedar excluidos legalmente los hombres que hubieran mostrado su falta de capacidad para desarrollar las actividades prohibidas a la mujer. La incapacidad de la mujer no tendría por qué implicar necesariamente la capacidad de todos los hombres. Además, si el problema es la ausencia natural de capacidad de la mujer la regulación legal está de sobra, porque no puede añadir nada a lo que prescribe la misma ley de la competencia. Competencia o incompetencia que se demuestra en el ejercicio, y no en la represión de la actividad que se pretende realizar⁷⁷. En este punto la igualdad legal es un instrumento esencial contra la desigualdad social que se le impone⁷⁸.

⁷³ *Ibidem*, p. 89.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 96.

⁷⁵ La denuncia de Mill en este punto en BAUM, B., «Millian Radical Democracy: Education for Freedom and Dilemmas of Liberal Equality», en *Political Studies*, Vol. 51, 2003, p. 412.

⁷⁶ MILL, J. S., *El sometimiento...*, cit., p. 97.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 117: «Es absolutamente superfluo prohibir a las mujeres que hagan lo que no pueden hacer por naturaleza. En cuanto a lo que pueden hacer, pero no tan bien como los hombres que compiten con ellas, bastará con la ley de la competencia para excluirlas de tales actividades».

⁷⁸ MACKINNON, C., *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1989, p. 42: «el meollo del razonamiento de

Mill mantiene en *El sometimiento* su opinión de 1832 sobre la regulación legal del matrimonio, sin llegar tampoco a la deslegitimación de la institución como tal. En su forma legal el matrimonio se convierte en un estado de esclavitud permanente para la parte más débil, privada de su libertad y de sus mismos bienes materiales⁷⁹. Es un estado de enajenación absoluta que deja en manos del marido como titular legal del poder tiránico su puesta en práctica. Poder cuyo no ejercicio es más entendido como un acto de benevolencia, paradójicamente compensado con una gratitud exagerada, que como un acto de justicia. Es un poder que en caso de ser ejercido hasta sus últimas consecuencias convertiría a la sociedad en un «infierno terrenal»⁸⁰. Mill se rebela justamente contra esa tiranía proponiendo como alternativa un gobierno compartido y por acuerdo que permita sacar el máximo rendimiento de las capacidades de cada uno⁸¹ sin afectar, salvo expreso acuerdo entre los cónyuges, a la independencia económica de cada uno⁸². En este punto su tesis es una exaltación de la institución matrimonial en sí, siempre que funcione en el sentido expresado: «No voy a intentar describir lo que puede ser el matrimonio... Los que pueden concebirlo no necesitan que se lo describa; a los que no pueden les parecería el sueño de un iluminado»⁸³.

El matrimonio entre iguales extendería sus efectos positivos más allá de la misma unión entre los esposos, porque la familia actúa en general como tubo de ensayo de la sociedad civil. Se trataría de evitar que la familia siguiera siendo lo que es hoy, una escuela de despotismo, para transformarse en una escuela de solidaridad. El carácter mismo de los esposos saldría beneficiado, reduciendo las tendencias egoístas del marido y la abnegación exagerada que dificulta el desarrollo personal de la mujer. Se propiciaría el tránsito, en suma, de la moral de la sumisión a la moral de la justicia⁸⁴, evitando que siga el matrimonio significando la «contradicción monstruosa de todos los principios del mundo moderno»⁸⁵. Mientras no llegue ese estado de cosas a la mujer sometida al dominio del hombre habría que permitirle al menos que eligiera ella misma a quién someterse⁸⁶. Lo que supone abogar por la disolubilidad del matrimonio como medio, si no de

Mill es que la mujer debería ser el igual legal del hombre para poder ser su igual social, porque es su igual natural».

⁷⁹ MILL, J. S., *El sometimiento...*, cit., p. 125: «Ningún esclavo es tan esclavo, tan en el pleno sentido de la palabra, como lo es la esposa para el marido. Casi ningún esclavo... es esclavo a todas horas y a cada minuto».

⁸⁰ *Ibidem*, p. 128.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 139-140.

⁸² *Ibidem*, pp. 152-153.

⁸³ *Ibidem*, p. 241.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 143 y ss.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 212.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 127.

eliminar la opresión, de sufrirla en las condiciones que libremente escoja la mujer⁸⁷.

Pero de nuevo surge el Mill aquejado, probablemente a su pesar, de la ideología de la diferencia de sexos cuando excluye el ejercicio de cualquier capacidad profesional de la mujer en el matrimonio ideal. Utiliza para ello un razonamiento proteccionista de la mujer que se vería en caso contrario obligada a añadir una actividad nueva a las propias de la maternidad y de la administración del hogar, corriendo además el riesgo de ser explotada por el marido que delegaría en ella también sus propias funciones. Aboga así por un matrimonio tradicional con una esposa tradicional que, eso sí, resultaría favorecida por una educación igualitaria, destinada paradójicamente a no ponerse en práctica⁸⁸. En el fondo, para Mill se trata de una cuestión de libre opción, que vincula sin embargo a la mujer a no ir más allá en el desarrollo de su personalidad de lo que permita el cumplimiento de las obligaciones que a ella misma le impone la opción elegida: «Puede suponerse, en general, que así como un hombre elige una profesión, cuando una mujer se casa está eligiendo la administración de un hogar y la crianza de una familia como primera actividad...», lo que conduce a tener «prácticamente vetado el ejercicio habitual o sistemático de ocupaciones fuera del hogar»⁸⁹. Es verdad que matiza su opinión en relación a las mujeres excepcionalmente dotadas para otra actividad, en cuyo caso deberían proveerse medidas sustitutorias de su función familiar. Pero de nuevo habría que preguntarse ¿por qué sólo en el caso de mujeres excepcionales?, ¿es que sólo pueden ser iguales a los hombres en sus derechos las mujeres excepcionales? Además, ¿cómo se puede considerar libre opción de la mujer al matrimonio cuando la sociedad misma se lo impone a la mujer? Sin duda se deja llevar Mill por ese prejuicio de la diferencia que tanto critica y que reduce la preocupación de los hombres a que las mujeres exijan igualdad en el matrimonio, no a que no quieran casarse, pues como él mismo dice «no me parece que nadie tenga en realidad ese temor»⁹⁰.

⁸⁷ Esta opinión contrasta, sin embargo, con su modesta propuesta de otorgar a la esposa el derecho automático a la separación legal en caso de agresión reincidente, como si no fuera suficiente ultraje a las condiciones tácitas que supone la unión para la convivencia la agresión, aunque sea única, por parte de uno de los cónyuges. Cfr. *Ibidem*, p. 132.

⁸⁸ En palabras de NYE, A., *Feminist Theory and the Philosophies of Man*, New York, Routledge, 1989, p. 20, la mujer quedaría reducida por Mill a «una educada compañera de su marido». En este punto habría que preguntar con CAMPILLO, N., «Harriet Taylor y John Stuart Mill: una pasión correspondida», en MILL, J. S. – TAYLOR, H., *Ensayos sobre la igualdad sexual*, cit., p. 55, «si es posible que las tareas implicadas en el ser esposa no lleven por sí mismas a la subordinación, aunque haya igualdad legal». Para MOLINA PETIT, C., *Dialéctica feminista de la Ilustración*, Madrid, Anthropos, 1994, p. 126, a Mill en este punto «se le ve la oreja del lobo patriarcal malgré lui y por debajo de sus defensas feministas».

⁸⁹ MILL, J. S., *El sometimiento...*, cit., p. 155.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 120.

Mill parece olvidar esa presión social hacia el matrimonio cuando lo dibuja como una opción personal de la mujer, haciéndola cargar con el costo de la opción⁹¹. Pero tiene también empeño en garantizarle el ejercicio pleno de sus potencialidades para el caso de que su opción fuera otra o de que su opción matrimonial fuera compatible con él. En este punto reivindica la necesidad de una educación igualitaria que les permita desarrollarse libremente como personas. No puede haber diferencias hombre-mujer en el derecho de cada uno a buscar su felicidad, y el desempeño de las habilidades propias es un mecanismo para la felicidad. La prueba de ello es la situación de infelicidad y frustración en la que quedan muchos hombres cuando se retiran de la vida activa, situación que en la misma medida afecta a las mujeres obligadas de hecho a retirarse permanentemente de ella⁹². La exclusión de la mujer es un mal en sí mismo, porque les impide desarrollar su individualidad y además lo hace del modo más atentatorio a su autonomía: argumentando paternalistamente el daño que a ellas mismas les produciría empeñarse en realizar actividades para las que no están preparadas, desviándose de su destino natural. Este razonamiento es rechazado por Mill destacando las cualidades de la mujer. No importa si estas cualidades le son dadas por su propia naturaleza o por la educación y convivencia social⁹³. Están ahí y eso es lo que importa. El carácter incisivo, sus dotes de observación, su rapidez para la comprensión y la toma de decisiones, la destreza en la intuición, son en su opinión capacidades indiscutibles de la mujer que la habilitan para moverse con soltura en el terreno laboral, sobre todo en las materias directamente relacionadas con los fines prácticos⁹⁴. Cualidades que le permiten incluso afirmar que «los indicios apuntan a que el cerebro y el sistema nervioso de las mujeres tiene mejor calidad y finura por término medio que el de los de los hombres»⁹⁵.

Es verdad que Mill ve también en la mujer algunas condiciones negativas, algunos puntos en los que en general no está a la altura del hombre. Así, su temperamento nervioso, su indisciplina mental, su proclividad a realizar generalizaciones precipitadas, etc... Son condiciones cuyo efecto negativo puede, sin embargo, salvarse con una educación igualitaria y una aplicación adecuada al plano laboral de la energía de la mujer. Al destacar estas condiciones de

⁹¹ CAPALDI, N., *John Stuart Mill. A Biography*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 335, dice que al dar el máximo de oportunidades a la mujer y entender que la mayoría de ellas opta por el trabajo del hogar Mill actúa como «un victoriano tradicional».

⁹² MILL, J. S., *El sometimiento...*, cit., pp. 246-247.

⁹³ En algún caso parece darles un sentido natural, contradictorio con la imposibilidad misma de conocer la naturaleza de la mujer que describe en su obra. Así, al aludir a la probable transmisión hereditaria del temperamento nervioso a un número mayor de mujeres que de hombres. Cfr. *Ibidem*, p. 178.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 168 y ss.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 185.

la mujer Mill vuelve a caer en el prejuicio de la diferencia. Aunque sea una diferencia no necesariamente natural, debida en gran medida a influencias ambientales y educativas, entre ellas al efecto avasallador de la personalidad que causa la misma posición de subordinación⁹⁶. No hay que exagerar, sin embargo, esta opinión, que además responde en él a una observación general de una situación en la que a la mujer no se le ha dejado explotar sus capacidades. Aunque puede obedecer en parte al cliché de la diferencia sexual, Mill está utilizando el razonamiento con fines argumentativos. Se trata de convencer al común de las personas, sobre todo a los hombres, de la no existencia de razones para excluir a la mujer. Y para convencer a alguien el mejor modo es situarse en el mismo plano de quienes se trata de convencer, utilizando argumentos a partir de los prejuicios que tienen ellos mismos⁹⁷. En el fondo es una estrategia válida para conseguir que la mujer desarrolle su personalidad tomando decisiones libres sin otro límite que el daño a los demás. Y la misma elección de profesión, ejercitando sus propias capacidades, es un beneficio para la mujer que no debe ser pospuesto más tiempo por el hecho de que sigan existiendo prejuicios injustificados.

Mill no se contenta con mostrar los beneficios que obtiene la mujer con la situación de igualdad, ni con el planteamiento del problema en términos de justicia, de universalidad del género humano. Analiza también los beneficios sociales, las ventajas para el bienestar general. En este punto el efecto inmediato será la duplicación de la fuerza de trabajo y una mayor competencia entre los trabajadores. Pero hay otros efectos. Ya es en sí una ventaja social la regulación justa de la relación hombre-mujer frente a la injusticia imperante hasta entonces. La aplicación misma de la justicia es útil a la sociedad porque le proporciona beneficios evidentes al margen del valor en sí del principio. Para empezar, elimina el ejemplo corruptor que tiene sobre la juventud contemplar la postergación del mérito de cada uno ante el privilegio injustificado del género. Además, previene al varón de la influencia negativa de la mujer que, desde su posición de inferioridad y desde el deseo de hacer valer su matrimonio en la vida social, tiende a rebajar al hombre al tono medio de respetabilidad mediocre que marca esa misma vida social, en la que no caben individualidades excéntricas e incomprensidas, aunque sean individualidades valiosas. Desaparece también el peligro de contagio de mediocridad que en sí misma produce la convivencia con el inferior, pues «toda compañía que no nos hace mejores nos deteriora»⁹⁸. La misma relación de pareja resulta favorecida por la convivencia entre iguales, porque sólo la semejanza puede garantizar que exista una identidad de intereses, que caminen

⁹⁶ SMITS, K., «Mill and the Social Construction of Identity», en *History of Political Thought*, Vol. XXV, núm. 2, Summer 2004, pp. 308-309.

⁹⁷ DE MIGUEL, A., «El feminismo en clave...», cit., p. 193.

⁹⁸ MILL, J. S., *El sometimiento...*, cit., p. 239.

juntos sus miembros. Tiene un especial interés además el ejercicio libre de las capacidades propias, porque descarta la tendencia a sustituir el desarrollo espontáneo de las energías de cada uno por la mera ostentación del poder, a cuyo fin se aplica muchas veces la manipulación de los demás.

Esta variedad de argumentos deja al descubierto el encaje del tratamiento que Mill da al problema del sometimiento de las mujeres con sus presupuestos filosóficos. Sus trabajos feministas no son anécdotas ajenas a su cuerpo filosófico. Son más bien la aplicación de éste a un problema concreto. Una aplicación que sólo se puede valorar desde la complejidad del feminismo de Mill, que admite perspectivas de estudio diferentes⁹⁹ y considerando las circunstancias sociales de su tiempo¹⁰⁰. De hecho, aunque de manera marginal, el problema está también aludido en algunas de las obras en las que expresa con mayor detalle el fondo de su pensamiento¹⁰¹. Se trata de garantizar la mayor felicidad del mayor número, pero partiendo de una consideración igual de los intereses de todas las personas concernidas¹⁰². Y en este sentido el reconocimiento de la situación de igualdad a la mujer, y los derechos aparejados, incrementa el monto total de la felicidad con la «ganancia inexpressable de felicidad por parte de la mitad liberada de la especie»¹⁰³. La prevención de Mill ante el efecto devastador de la opinión común de su tiempo sobre la naturaleza inferior de la mujer es un ejemplo más de la «tiranía de la opinión y sentimiento prevalecientes» a que alude en otros lugares¹⁰⁴. No existiendo ningún dato que nos permita conocer la naturaleza de la mujer, es lógico abogar por una educación encaminada al desarrollo pleno de sus capacidades, que le haga sentir ella misma, un ser individual que decide por sí solo, sin que nadie le deba marcar paternalistamente el camino para su felicidad. Porque donde no rige la individualidad de cada uno, su capacidad para decidir autónomamente sus asuntos, «falta uno de los principales elementos de la felicidad humana, y el más importante, sin duda, del progreso individual y social»¹⁰⁵. Es evidente que este canto a la individualidad y a la

⁹⁹ DONNER, W., «John Stuar Mill' Liberal Feminism», en EISENACH, E. (ed.), *Mill and the Moral Character of Liberalism*, Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press, 1998, pp. 131-133.

¹⁰⁰ STAFFORD, W., «Is Mill's Liberal Feminism Masculinist?», en *Journal of Political Ideologies*, June 2004, pp. 159-179, relativiza en este sentido los puntos de fricción con el liberalismo.

¹⁰¹ Así, MILL, J. S., *Sobre la libertad*, cit., pp. 192-193, o *El utilitarismo*, traducción de E. Guisán, Madrid, Alianza, 2002, pp. 137-138.

¹⁰² MILL, J. S., *El utilitarismo*, cit., p. 89: «Las relaciones sociales entre los seres humanos, excluidas las que se dan entre amo y esclavo, son manifiestamente imposibles de acuerdo con ningún otro supuesto que el de que sean consultados los intereses de todos. La sociedad entre iguales solo es posible en el entendimiento de que los intereses de todos son considerados por igual».

¹⁰³ MILL, J. S., *El sometimiento...*, cit., p. 242.

¹⁰⁴ MILL, J. S., *Sobre la libertad*, cit., p. 62.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 128.

libertad no encaja, sin embargo, muy bien, con el papel que Mill asigna a la mujer en lo que llama un «estado saludable» de la relación matrimonial¹⁰⁶. Es el precio que tiene que pagar al anteponer a veces los sentimientos, su ideal de vida en la relación de pareja, a los principios.

¹⁰⁶ El recorte del sentido liberal del feminismo en Mill que provoca su visión del matrimonio ideal se ha percibido en distintos sentidos. Así, MOLLER OKIN, S., *Women in Western Political Thought*, Princeton-New Jersey, Princeton University Press, 1979, pp. 228-230, asume la crítica tradicional diciendo que no permite a la mujer, empujada socialmente al matrimonio, desarrollar su personalidad expresando sus capacidades fuera del hogar. Un sentido diferente en PATEMAN, C., «Críticas feministas a la dicotomía público/privado», en CASTELLS, C. (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, traducción de C. Castells, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 45-46, cuando destaca la dificultad de la mujer enclaustrada en el hogar para reconocer sus intereses, y los elementos de participación social que él mismo establece para la educación de la ciudadanía.

El camino de la ética a la política: la sanción en Jeremy Bentham y John Stuart Mill

Por ÁNGELES SOLANES CORELLA
Universitat de València

RESUMEN

Distintos autores a lo largo de la historia del pensamiento jurídico se han preocupado por la elaboración de un modelo que permita al Derecho realizar una de sus principales funciones: la de control social. Entre estas aportaciones acerca de cómo influir sobre la conducta individual, resultan de especial interés las propuestas desde el utilitarismo por Jeremy Bentham y John Stuart Mill. Sus teorías obligan a reflexionar, desde distintos puntos de vista, sobre la relevancia de la sanción como instrumento clave para conseguir el ejercicio eficaz de la coerción sobre los sujetos, siempre que ésta sea adecuadamente compaginada con otros conceptos clásicos de la filosofía moral y jurídica como derecho subjetivo, deber, obligación, virtud y justicia.

Palabras clave: *Utilitarismo, Control Social, Sanción, Deber, Justicia.*

ABSTRACT

Various authors in the history of legal thought have turned their attention to the creation of a model that would allow the Law to fulfil one of its principal functions: social control. Amongst these contributions into how to influence individual conduct, the utilitarian proposals of Jeremy Bentham and John Stuart Mill are of particular interest. Their theories require one to reflect, from various points of view, on the relevance of sanctions as a key component for ensuring that the constraint of subjects is exercised effectively, provided that this is properly combined with other classical concepts of moral and legal philosophy such as subjective right, duty, obligation, virtue, and justice.

Key words: *Utilitarianism, Social Control, Sanction, Duty, Justice.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DE SANCIÓN EN BENTHAM.—III. LA TEORÍA BENTHAMITA DE LAS RECOMPENSAS.—IV. MILL Y LA TEORÍA DE LA VIRTUD.—V. LA LECTURA MILLIANA DE LA NOCIÓN BENTHAMITA DE SANCIÓN.—VI. EL NEXO DE UNIÓN ENTRE VIRTUD Y SANCIÓN EN MILL.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de la sanción en la historia del pensamiento iusfilosófico es, sin duda, uno de los temas recurrentes, no sólo por su importancia intrínseca, en cuanto aparece directamente vinculado a la función de ordenación u orientación de conductas o de control social, que por excelencia al Derecho le corresponde; sino también por la indudable trascendencia de las aportaciones de los autores que lo han situado en el punto central de sus teorías. Entre estas propuestas que han contribuido de modo determinante a clarificar problemas fundamentales del Derecho y de la teoría jurídica, me centraré en la planteada desde el utilitarismo por Jeremy Bentham (1748-1832) y la reconstrucción que de la misma hace John Stuart Mill (1806-1873).

Tomando como punto de partida el hecho de que Mill no cuestiona su adhesión al utilitarismo como la doctrina moral elaborada por Bentham, sino que más bien manifiesta su intención de modificarla desde el interior, sus aportaciones acerca de la noción de sanción podrían concebirse, al menos en el marco de este trabajo, como una especie de meta-discurso de la formulación benthamita que incluye precisiones de carácter valorativo, más como una propuesta complementaria que antitética.

Tanto Bentham como Mill muestran un especial interés en el control social, más en concreto, en la elaboración de un modelo que permita influir sobre la conducta individual, condicionándola en un sentido u otro; o lo que es lo mismo, que posibilite el ejercicio eficaz de la coerción sobre los sujetos, siendo un elemento clave en ese contexto el de la sanción¹.

En líneas generales, sus propuestas se mueven entre dos modelos²:

a) Aquel que mantiene que el orden social se garantiza interviniendo sobre los comportamientos considerados lesivos o peligrosos

¹ El interés por el control social, al que no escapan estos dos autores es, como recuerda Ripoli, un problema central en la cultura inglesa de la edad moderna, probablemente debido a la particularidad de las vivencias históricas de Inglaterra, marcadas por un período de tiempo en el que se concentraron fenómenos (como el mercantilismo, la industrialización, la urbanización, y la expansión colonial) que transformaron radicalmente los equilibrios feudales. RIPOLI, M., *La coercione nella dottrina etico-giuridica de John Stuart Mill*, Quaderni dell'Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto, Genova, Edizioni Culturali Internazionali Genova, 1990, p. 10.

² Vid. COHEN, S., «Lo sviluppo del modello correzionale: chiacchiere e relata del controllo sociale», en *Dei delitti e delle pene*, III, 1, 1985, pp. 5-48, en concreto pp. 32-40; y FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 209-246.

desde el punto de vista externo, optando por la imposición coactiva de reglas de conducta para inducir a los individuos a realizar los comportamientos debidos. Éste es el sistema típico del derecho penal.

b) Un segundo modelo que parte de la consideración de que los comportamientos lesivos o peligrosos son expresión de una disposición individual, producto de multitud de factores, de forma que es más eficaz actuar sobre el individuo, intentando modificar esta disposición recurriendo a técnicas persuasivas que lo llevan a compartir los motivos por los cuales algunas acciones deben considerarse vetadas. Éste sería el sistema propio de las instituciones educativas y de los servicios sociales.

El análisis que va de Bentham a Mill, en lo relativo al concepto de sanción, muestra el tránsito de un modelo a otro. La crítica de Mill a la propuesta benthamita de sanción se enmarca dentro de la convicción, propia de la época, que considera que el progreso social debe necesariamente ir unido a la evolución moral de los individuos, dentro de la primacía milliana de la doctrina de la educación³.

II. EL CONCEPTO DE SANCIÓN EN BENTHAM

Teniendo presente que Bentham concibe el Derecho como una técnica social que permite el control de la conducta humana por medio de una motivación normativa, la noción de sanción (como motivadora de la conducta y por ende íntimamente unida al control social⁴), aparece

³ Vid., entre otros, GARFORTH, F. W., *John Stuart Mill's Theory of Education*, Oxford, Martin Roberson, 1979; y *Educative Democracy: J. S. Mill on Education in Society*, Oxford, Oxford University Press, 1980.

⁴ Como indicaba anteriormente la cuestión del control social es fundamental en la obra de Bentham, para entenderla en toda su dimensión debe tenerse en cuenta la propuesta que concreta en el Panóptico, y la lectura que se ha hecho de ella aludiendo, por ejemplo, a la modalidad panóptica del poder. BENTHAM, J., *Panopticon: on the Inspection-House*, BOWRING, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edimburgo, William Tait ed., 1838-1843, vol. IV (reed. Nueva York, Rusell & Rusell, 1962). Hay traducción en castellano *El panóptico*, Madrid, La Piqueta, 1979(1.^a) y en catalán *El panòptic*, Barcelona, Ed. 62, 1985. Cfr. FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2004, en concreto pp. 199-230. Algunos autores como Escamilla han recogido la intersección entre el Panóptico y la democracia: «...se permitía que el Panóptico fuera una institución completamente transparente para los ojos del Tribunal de la Opinión Pública, la clave de bóveda del sistema político benthamiano. El principio de la conjunción del interés y el deber, efectivamente, necesitaban de ese complemento para su correcto funcionamiento. Si cualquier gobernante o funcionario puede ser removido de su puesto y sancionado cuando se aprecie el incumplimiento de su deber..., y si está expuesto a la comprobación constante y universal, por parte del público, de su actuación, el Panóptico deja de ser un instrumento que permite una opresión infinita para convertirse en una parábola sobre la necesidad y posibilidad de desconfiar del poder y de controlarlo, en un parábola sobre la democracia», ESCAMILLA CASTILLO, M., «El panóptico y la identificación de intereses. Sobre algunas inexactitudes debidas a Michel Foucault

en la obra benthamita al tratar la eficacia del Derecho y la necesidad de aplicación de la fuerza⁵. Según Bentham la sanción es una forma especialmente indicada para asegurar el cumplimiento de las normas. De las distintas fuerzas posibles que pueden influir en los seres humanos a la hora de actuar, este autor presta especial atención a los motivos, señalando que cuando éstos se consideran en conjunto es necesario acudir a las fuentes de las que surgen para poder diferenciarlos. A esas fuentes las denominaremos sanciones⁶.

Por motivo, en el sentido más amplio posible del término, Bentham entiende cualquier cosa que puede contribuir al nacimiento de o a prevenir cualquier género de acción. Entre los motivos distingue los prácticos de los especulativos. Los motivos prácticos son aquéllos que al influir sobre la voluntad de un ser sensible, se supone que son un medio para determinarle a actuar, o a dejar voluntariamente de actuar, en una ocasión concreta. En cambio, los motivos especulativos sólo ejercen influencia sobre los actos de la facultad intelectual de la mente cuando se refieren al entendimiento, sin afectar a la producción de los actos de la voluntad. Estos segundos se excluyen del análisis de Bentham porque no ejercen ninguna influencia sobre los actos externos⁷.

A partir de las fuentes que originan los dolores y los placeres Bentham distingue cuatro tipos de sanciones:

- 1) La sanción física, que se da en el caso de placer o dolor como expectativas de la vida presente y del curso normal de la naturaleza, sin que exista interposición extraordinaria de un ser superior invisible.
- 2) La sanción política, que hace referencia al placer o al dolor generado por una persona o grupo de personas elegidas para ello de acuerdo con la voluntad del poder gobernante soberano o supremo del Estado⁸.

y a Élie Halévy», *Telos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, vol. II, núm. 2, 1998, pp. 57-93, en concreto p. 70.

⁵ Cfr. RIPOLI, M., *Itinerari della felicità. La filosofia giuspolitica di Jeremy Bentham, James Mill, John Stuart Mill*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 33-40.

⁶ De forma textual Bentham afirma «Sanctio, in Latin, was used to signify the act of binding, and, by a common grammatical transition, any thing which serves to bind a man: to wit, to the observance of such or such a mode of conduct», BENTHAM, J., *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, BURNS J. H. and HART H. L. A. (ed.), *The Collected Works Of Jeremy Bentham*, (en adelante CWJB), London, Athlone Press, 1970, reeditado con introducción de F. Rosen, Oxford, Clarendon Press, 1996, capítulo III, p. 34. Un análisis en castellano de las propuestas benthamitas acerca del concepto de sanción, puede encontrarse, entre otros, en MORESO, J. J., *La teoría del Derecho de Bentham*, Barcelona, PPU, 1992; y también junto a la de autores como John Austin, Hans Kelsen y Norberto Bobbio, en LARA CHAGOYÁN, R., *El concepto de sanción. En la teoría contemporánea del Derecho*, Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, 2004, pp. 17-71.

⁷ BENTHAM, J., *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, CWJB, capítulo III, pp. 96-97.

⁸ Este tipo de sanción es la impuesta por un juez bajo el poder de un soberano o de un regulador superior o por un funcionario, atendiendo a la ley. El castigo inflingido por el Derecho se aplica en caso de sanción política «now this same suffering, if

3) La sanción moral (también denominada popular), que alude al placer o al dolor que tiene su origen en personas de la comunidad sin poder público y sin relación con una regla establecida o concertada.

4) La sanción religiosa, que hace referencia a los placeres o dolores que provienen de un ser superior invisible.

Los placeres y los dolores de cada una de estas fuentes dan fuerza obligatoria a cualquier norma o regla de conducta, por eso las denomina sanciones⁹.

Así, el Derecho consigue ser eficaz gracias a que la sanción funciona como el más fuerte de los motivos que induce a los sujetos a actuar de acuerdo a las normas jurídicas. Siguiendo el principio de utilidad, el legislador debe influir sobre el ciudadano para que actúe de una determinada forma. Esa inducción se realiza a partir de los motivos, que no se generan si no por el grado de dolor o placer de los hombres en una determinada situación. La sanción no es más que cualquier fenómeno que permite ejercer una coerción sobre la conducta humana. Se trata en esencia de un estímulo en términos de placer y dolor, capaz de vincular un sujeto a un determinado comportamiento¹⁰.

La sanción es, para Bentham, la fuente de los motivos, en concreto de los prácticos, que en realidad son meras expectativas de placer o dolor. Atendiendo a esta dualidad, Bentham distingue entre motivos seductores y coerciones, en función de que la expectativa se concrete, respectivamente, en placer o dolor. Los motivos seductores se traducen en premios, mientras que las coerciones lo hacen en castigos¹¹.

Encontramos, por tanto, dos ideas especialmente relevantes entorno a la noción de sanción. Por una parte, la consideración de que un sujeto X tiene la obligación de comportarse de una determinada manera implica que en caso de no cumplimiento es probable que a X se le infrinja un sufrimiento, de forma propiamente dicha o como disminución de un placer¹². Por otra parte, dicho sufrimiento, que va unido a la propia con-

inflicted by the law, will be what is commonly called a punishment. . .», BENTHAM, J., *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, capítulo III, p. 36.

⁹ BENTHAM, J., *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, CWJB, capítulo III, pp. 34-37. John Gay ya había anticipado estos cuatro tipos de sanciones al referirse a las sanciones naturales, virtuosas, civiles y religiosas, de tal forma que Bentham sólo hace algunas alteraciones verbales, QUINTON, A., *Utilitarian Ethics*, London, Duckworth, 1989, en concreto p. 24.

¹⁰ BENTHAM, J., *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, CWJB, capítulo III, p. 34.

¹¹ BENTHAM, J., *Of Laws in General*, CWJB, p. 133.

¹² En palabras de Bentham: «An obligation (viz. the obligation of conducting himself in a certain manner) is incumbent upon a man (i. e. is spoken of as incumbent on a man) in so far as, in the event of his failing to conduct himself in that manner, pain, or loss of pleasure, is considered as about to be experienced by him», BENTHAM, J., *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, CWJB, capítulo VIII, p. 247. Siendo imposible abordar en esta sede la estrecha y relevante conexión existente en la obra de Bentham entre las nociones de deber y sanción, así como las diversas interpretaciones de la misma, conviene al menos recordar la más conocida que es la relativa al

figuración de la obligación, puede proceder de distintas fuentes, a las que nos hemos referido anteriormente como creadoras de la sanción, que se diferenciarán según el tipo de obligación al que se refieran¹³.

Como recuerda Hacker, el concepto genérico benthamita de obligación incluye dos arquetipos: a) estar bajo una obligación o que una obligación recaiga sobre nosotros significa que tenemos un deber que es una especie de carga o gravamen, como un peso que hace que actuemos en un determinado sentido o que nos abstengamos de hacerlo; b) desde la perspectiva de la fuerza obligatoria, actuar como es debido y que esté condicionada la conducta de un sujeto, es como tener una cuerda que nos ata a una persona o nos condiciona a una acción¹⁴.

Bentham mantiene la existencia de un denominador común útil para definir la idea de obligación, tanto en contextos jurídicos como éticos¹⁵. Este elemento se concreta en la posibilidad de recurrir a la sanción si no se respeta la conducta prescrita. La única diferencia entre ambos supuestos radica en el hecho de que en la obligación jurídica la fuente de la sanción es legal.

A propósito de esta primera acepción de la noción de sanción desde su vertiente negativa identificable con la pena, su combinación con la doctrina utilitarista hace que sólo pueda justificarse atendiendo a las buenas consecuencias que su imposición pueda conllevar. Siendo la pena un mal «su aceptación dependerá, por tanto, de si el grado de su iniquidad intrínseca excede o no de la bondad de los efectos que surte sobre su destinatario o el conjunto de la sociedad»¹⁶.

III. LA TEORÍA BENTHAMITA DE LAS RECOMPENSAS

La dualidad premio/castigo, antes señalada, permite que la propuesta benthamita vaya más allá de la estricta identificación de la san-

análisis predictivo que mantiene que los deberes existen porque hay una probabilidad de que quienes no los cumplan sean sancionados. Vid. HACKER, P. M. S., «Sanction Theories of Duty», SIMPSON, A. W. B. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudent*, Second series, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 137-150. Entre los autores que no comparten la idea de que Bentham siga una perspectiva predictiva vid. MORESO, J. J., *La teoría del Derecho de Bentham*, op. cit., pp. 212 ss. Asimismo, buena parte de las críticas hechas al análisis predictivo pueden encontrarse en SIDGWICK, H., *Methods of Ethics*, Chicago, University Press, 1962 y, especialmente, en HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, CARRIÓ, G. R. (trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, segunda edición, 1968, pp. 63-98 y 102-124.

¹³ BENTHAM, J., *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, CWJB, op. cit., pp. 37-41.

¹⁴ HACKER, P. M. S., «Sanction Theories of Duty», op. cit., p.138. Cfr. MORESO, J. J., *La teoría del Derecho de Bentham*, op. cit., pp. 96 ss.

¹⁵ Vid. RIPOLI, M., *La coersione nella dottrina etico-giuridica de John Stuart Mill*, op. cit., p. 79.

¹⁶ BETEGÓN, J., «Sanción y coacción», GARZÓN, E. y LAPORTA, F. J. (ed.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 355-366, en concreto p. 362 y *La justificación del castigo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 116 ss.

ción con la pena, aunque sea ésta su opción por excelencia, como veremos a continuación, puesto que inicia el estudio de la sanción que podríamos denominar positiva o *premio* como categoría de una teoría general del derecho¹⁷.

La aparente contradicción que podría apreciarse entre la defensa benthamita de un derecho *premio*, y su concepción del ordenamiento jurídico como un conjunto de normas imperativas coercitivas, no existe realmente si, como señala Hart, nos encontramos tan sólo ante una confusión terminológica. Según Hart, cuando Bentham usa la expresión «derecho premio» está haciendo referencia a una definición amplia y personal del mismo, y utilizando de forma técnica dicha noción. En cambio, cuando mantiene que el derecho debe ser necesariamente coercitivo hace referencia a la noción corriente del mismo¹⁸. Se podría incluso sostener que cuando Bentham habla de derecho coercitivo se refiere al derecho vigente, mientras que cuando alude al derecho *premio* lo coloca en su propio proyecto legislativo¹⁹.

Con Bentham comienza la superación de la visión de los juristas que negaban a la recompensa el carácter de sanción. No considera la recompensa como una motivación psicológica que lleva a la realización de una determinada acción, sino propiamente como una sanción jurídica que tiene un importante espacio en el derecho positivo que el legislador, hasta el momento, no ha sabido valorar²⁰. Las leyes *premiales*, al igual que las penales, pueden ser consideradas como jurídicas puesto que la invitación o incentivación por parte del legislador, para la realización de una determinada acción o de un comportamiento, es expresión de su voluntad en la misma medida que lo es una orden²¹.

En todo caso, Bentham no renuncia a su planteamiento en virtud del cual el Derecho es básicamente coercitivo²², sino que mantiene que dentro de él pueden existir leyes que invitan a actuar de una determinada manera por medio de la recompensa. Dentro de este razona-

¹⁷ Dentro de la terminología acuñada básicamente por Bobbio al distinguir entre sanciones negativas (penas) y positivas (premios, recompensas, incentivos). Vid. BOBBIO, N., «Las sanciones positivas», RUIZ MIGUEL, A. (traducción, recopilación y estudio preliminar), *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 387-394.

¹⁸ Vid. HART, H. L. A., «Bentham's Of Laws in General», en *Essays on Bentham. Studies on Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 105-118.

¹⁹ Esta distinción la plantea Facchi, reformulando la propuesta hartiana, a partir de las categorías de «ser» y «deber ser» del Derecho, FACCHI, A., *Diritto e Ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, Torino, Giappichelli Editore, 1995, p. 69.

²⁰ Vid. BENTHAM, J., *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, CWJB, *op. cit.*, pp. 175 ss.

²¹ Vid. BENTHAM, J., *Of Laws in General*, CWJB, *op. cit.*, pp. 133 ss.

²² Hart recuerda que para Bentham el carácter coercitivo e imperativo del Derecho surge no sólo de la formulación lingüística descrita por las normas, sino de las relaciones que establece entre obligación (deber), orden (mandato) y sanción. HART, H. L. A., «Bentham's Of Laws in General», *op. cit.*, p. 121.

miento, afirma que la parte sancionadora de una norma puede asumir dos formas: conminatoria o incentivadora, en el primer caso estamos antes una sanción penal (ante una pena) y en el segundo ante una *pre-mial* (una recompensa). Ahora bien, estas normas que contienen una recompensa no pueden regirse en el conjunto del ordenamiento por una cadena de normas de la misma naturaleza, es decir, siempre *pre-miales*. En algún punto la norma principal *pre-mial* estará garantizada por una norma subsidiaria de carácter punitivo²³.

En la parte de su obra dedicada a la teoría de las recompensas²⁴, Bentham no sólo establece los principios por los que debe regularse la atribución de recompensas sino que, además, se ocupa de su aplicación en el ámbito institucional y legislativo, mostrándose contrario a que existan recompensas, como instrumento público, que intervengan en la marcha de la economía. Además, al establecer la teoría de las recompensas, esta noción se vincula estrechamente con la idea de reciprocidad, es decir, de contraprestación por un servicio, que en todo caso no debe confundirse con el salario, entendido como retribución regular del trabajo independiente, puesto que, mientras el salario tiene un carácter continuo y exige la existencia de un contrato previo, la recompensa es una prestación de carácter excepcional que, además, puede darse a un número indefinido de personas²⁵.

Las recompensas deben ser proporcionales a las prestaciones que se realizan, lo que no ocurre con el salario que puede exceder el valor real del servicio prestado o viceversa. La existencia de dicha proporcionalidad es el referente para saber que nos encontramos ante una recompensa, puesto que en este caso, a diferencia de la pena, no estamos ante un objetivo sino ante una de sus características básicas²⁶.

En el tratado sobre las recompensas (dividido en tres libros que se ocupan respectivamente de las recompensas en general, de las recom-

²³ Para Bentham una norma principal crea una cadena de normas principales y subsidiarias al mismo tiempo. Luego la parte sancionadora de la norma puede asumir alguna de las dos formas señaladas. En base a este esquema el autor inglés niega el «encadenamiento» de normas que sólo contengan recompensas sin que ninguna (en la cadena) contemple una pena. BENTHAM, J., *Of Laws in General*, CWJB, *op. cit.*, pp. 134-137.

²⁴ Vid. BENTHAM, J., *Théorie des peines et des récompenses*, DUMONT, E. y LAROCHE, B. (eds.), *Oeuvres*, Bruxelles, 1829, reimpresión Scientia Verlag Aalen, Darmstadt, 1969. En esta obra se recogen las tesis benthamitas más relevantes sobre la recompensa, pero no todas, otras se encuentran en algunos de los trabajos que ya hemos citado como *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*; *Of Laws in General* y, como veremos, en *Constitutional Code*, ROSEN, F. and BURNS J. H. (eds.), CWJB, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1983.

²⁵ Las recompensas serán distintas en función de los servicios que se prestan al Estado, distinguiendo tres grupos: 1) los servicios regulares: los de los funcionarios públicos, 2) los servicios ocasionales: los prestados al Estado por todos los ciudadanos, en cuanto integrantes de la comunidad, 3) los servicios extraordinarios: aquéllos que exigen una singular habilidad y talento o una particular circunstancia. Además, según sea este servicio, las recompensas pueden concebirse como ocasionales o permanentes. Vid. BENTHAM, J., *Théorie des peines et des récompenses*, *op. cit.*, pp. 129 ss.

²⁶ BENTHAM, J., *Théorie des peines et des récompenses*, *op. cit.*, p. 171.

penas aplicadas a los funcionarios, y de las recompensas aplicadas a las artes y las ciencias), Bentham expone la posibilidad de utilizar el Derecho como instrumento promocional²⁷.

En cualquier caso, Bentham defiende las sanciones negativas (penas) frente a las recompensas, puesto que, considera utópico el pensar en sustituir las primeras por las segundas. A propósito de la postura benthamita, Aubert recuerda que la posibilidad de pena y la de recompensa presentan características diversas: mientras la pena es infinita en cuanto a la cantidad, eficaz en cuanto a la operatividad y cierta en cuanto a los efectos; la recompensa es, limitada en cuanto a la cantidad, inconsistente en cuanto a la operatividad e incierta en cuanto a los efectos, puesto que, la expectativa por ella suscitada es muy variable según el carácter de los sujetos y de las circunstancias²⁸.

El autor inglés no es ajeno a los inconvenientes o limitaciones de las recompensas como instrumentos eficaces para influir sobre la conducta. En este sentido mantiene que las recompensas, frente a las penas, presentan una variedad mucho menor que dificulta la labor del legislador a la hora de individualizarlas y atribuirles un valor ejemplar. Además, la ley difícilmente puede actuar de forma directa puesto que la recompensa depende en buena medida de la sensibilidad del destinatario. Si finalmente se decide optar por la recompensa, a diferencia de la pena, entra en juego la cuestión de la distribución de la riqueza, es decir, cómo sufragarla y, sobre todo, cómo mantenerla en el tiempo²⁹.

Por eso, para Bentham pena y recompensa deben ser utilizadas de manera diversa: mientras la pena es el recurso constante que caracteriza el ordenamiento jurídico, a la recompensa sólo se acude de forma esporádica, asegurando así su eficacia³⁰.

La comparación funcional benthamita de las recompensas y las penas puede resumirse en tres puntos³¹:

1. La pena funciona mejor para detener o contener, es decir, para conseguir una abstención; en cambio la recompensa persigue incitar o lo que es lo mismo conseguir una acción. Si se trata de un comportamiento especialmente dañoso, sólo la pena puede funcionar, en cambio cuando se quiere producir un acto ventajoso la mejor solución es combinar recompensas y pena.

²⁷ Sobre la propuesta de Bentham acerca de la utilización de las recompensas como forma para potenciar la literatura, las ciencias y las artes *Vid.* AUBERT, V., «Sul mutamento giuridico. Dalle pene alle ricompense?», *Sociologia del diritto*, núm. 2, 1987, pp. 7-29, pp. 15-19.

²⁸ AUBERT, V., «Sul mutamento giuridico. Dalle pene alle ricompense?», *op. cit.*, pp. 15-19.

²⁹ Cfr. BENTHAM, J., *Of Laws in General*, CWJB, *op. cit.*, pp. 134-137.

³⁰ BENTHAM, J., *Théorie des peines et des récompenses*, *op. cit.*, pp. 141-142.

³¹ FACCHI, A., *Diritto e Ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, *op. cit.*, p. 87.

2. La pena es el instrumento más apto para actuar sobre el conjunto de la sociedad, mientras que la recompensa tan sólo se aplica (sólo actúa en) a determinados sujetos.

3. La pena es necesaria, mientras que la recompensa constituye un lujo.

Ello no significa que el recurso a las recompensas no pueda ser útil en determinadas circunstancias especialmente si se tiene en cuenta que la acción de los destinatarios es sumamente diversa. En el caso de la pena, el destinatario tratará de pasar desapercibido para intentar evitar el cumplimiento de la ley, mientras que en el supuesto de la recompensa el propio destinatario se pondrá en evidencia para recibirla. Coordinar ambas, por tanto, parece la mejor opción para conseguir el control social³².

En una de sus últimas obras, Bentham retoma la cuestión de las recompensas. Así en el *Constitutional Code* mantiene que las recompensas han de estar previstas y reguladas por ley, dejando claro que no pueden derivarse del poder discrecional de un sujeto. Por tanto, los actos de liberalidad no serían admisibles ya que escapan a la garantía formal de la ley.

Es más, llega a afirmar que incluso cuando se obtiene un comportamiento relacionado con un recompensa, en el fondo es el temor de un posible castigo lo que asegura la actuación. De esta forma el efecto que se produce no se da a través (como consecuencia) de la recompensa, sino de la pena. La idea que subyace a este tipo de exposición es que el cumplimiento de las obligaciones surgen del temor de las consecuencias que derivan de la infracción, es decir, del miedo al castigo. Sólo ante la expectativa de un mal (como la pena) surge la responsabilidad necesaria para la eficacia y la ejecución de la ley³³.

IV. MILL Y LA TEORÍA DE LA VIRTUD

La propuesta de Mill entorno a la necesidad de recurrir a la sanción para conseguir el control social y la prioridad de la coerción, se completa con la consideración acerca de la virtud. De hecho resulta más adecuado abordar dicha teoría con carácter previo para comprender el alcance y la repercusión del concepto de sanción en el conjunto de la obra milliana.

Mill establece las líneas generales de una teoría de la virtud, entendiendo que ésta hace referencia al comportamiento encaminado a la manifestación de sentimientos altruistas, que tiene un origen espontá-

³² En palabras de Bentham, aunar ambas es el sistema ideal porque a la fuerza de la pena se une la dulzura y la certeza de la recompensa, BENTHAM, J., *Théorie des peines et des récompenses*, *op. cit.*, p. 135.

³³ BENTHAM, J., *Constitutional Code*, CWJB, *op. cit.*, pp. 21-22.

neo y sucesivamente estructurado como una actitud racional y constante. Sus planteamientos en este punto no son especialmente novedosos, sino que más bien podemos entender que se sitúan dentro de la preocupación por la naturaleza de la virtud que venía siendo una constante en la filosofía moral inglesa, (y que como vimos en Bentham desembocaba en la teoría de la recompensa), dentro de dos tendencias³⁴:

a) La escuela sentimentalista, que consideraba al hombre como un ser exclusivamente social, de forma que el altruismo, la virtud, no es más que una manifestación de la naturaleza humana.

b) La escuela racionalista, y de cierta parte de la doctrina protestante, que recurre a la consolidación habitual de las tendencias sociales para explicar cómo se verifica en el individuo la superación del egoísmo. Es en esta tendencia en la que podríamos incluir a Mill.

El punto de encuentro entre ambas escuelas sería el relativo a la difusión de la virtud y del bien común, aunque en realidad se trata de una diferenciación más bien genérica y bastante distanciada del principio benthamita de utilidad.

La preocupación milliana por la cuestión de la virtud, a diferencia de Bentham, se plantea como una introducción a la doctrina utilitarista de la distinción cualitativa de los placeres. El punto de análisis benthamita en relación a los placeres se centra en su dimensión cuantitativa³⁵, en cambio Mill incide en la cualitativa por la que los placeres intelectuales y espirituales, propios de los seres humanos, deben diferenciarse de los placeres brutos comunes. Así afirma, en un conocido pasaje, «es mejor ser un hombre insatisfecho que un cerdo satisfecho, es mejor ser Sócrates insatisfecho que un loco satisfecho. Y si el loco y el cerdo son de distinta opinión, es porque sólo conocen su propio lado de la cuestión»³⁶.

Dentro de esta distinción, podríamos situar la virtud entre los placeres más elevados, es decir, aquéllos que tienen un mayor valor, puesto que en la diferenciación milliana existen placeres peores y otros mejores, y entre estos últimos algunos especialmente «mejores» debido a sus beneficiosas consecuencias sociales.

En el caso de que exista una controversia entre dos placeres acerca de cuál debe de considerarse el más valioso, debe admitirse como juicio final el de aquéllos que se consideran más capacitados por el conocimiento de ambos, y si existe divergencia, el de la mayoría. Desde

³⁴ RIPOLI, M., *La coercizione nella dottrina etico-giuridica de John Stuart Mill*, *op. cit.*, p. 115.

³⁵ Bentham tiene en cuenta aspectos como la intensidad, la duración, la certeza o incerteza, la proximidad o lejanía, la fecundidad, la pureza y la extensión, BENTHAM, J., *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, CWJB, p. 284.

³⁶ MILL, J. S., *Utilitarianism*, O'GRADY, J. and ROBSON, J. M. (eds.), *Collected Works of John Stuart Mill*, (en adelante CW), vol. X, Toronto: University of Toronto Press, London: Routledge and Kegan Paul, 1963-1991, p. 210. Hay traducción en castellano de E. Guisán, Alianza, Madrid, 1984, pp. 78-79.

algunos sectores de la doctrina se ha criticado esta jerarquización de placeres diferentes por entender que la decisión sobre cuál debe de considerarse como mejor, se deja exclusivamente en manos de jueces competentes. Ahora bien, dicha competencia parece que se reconduce a un mero recuento de votos que exigiría, a su vez, otro criterio para determinar si se tiene igual capacidad para juzgar ambos placeres³⁷.

En realidad, para comprender en toda su extensión la teoría milliana no podemos olvidar la influencia que sobre la misma tiene el concepto de «espectador imparcial», tomada probablemente de Adam Smith, y que aparece en otros autores como Coleridge y Comte. El propio Bentham se había referido al «juez imparcial» que es capaz de dar el mismo valor a la felicidad de todos los miembros de la sociedad, aunque la utilización no se realiza en una teoría de decisión sobre los valores morales, jurídicos o políticos, sino como una constatación³⁸.

Por tanto, los juicios sobre el placer y el dolor, en su dimensión tanto cuantitativa como cualitativa, sólo pueden realizarse por aquellos sujetos que tienen conocimiento de los mismos y que son competentes para ello³⁹. Dicho procedimiento puede sintetizarse en tres aspectos⁴⁰:

a) El juicio que se realiza es subjetivo en la medida en que el sujeto competente expresa su preferencia y en concreto lo que puede considerarse «su disfrute preferido».

b) La decisión que se adopta puede considerarse neutral o imparcial porque en el juicio no se tiene que tomar en consideración ningún sentimiento de obligación moral para optar por una preferencia u otra, es decir, ni se tiene que realizar un cálculo hedonista personal ni se ha de buscar la maximización del bienestar.

c) La valoración que se lleva a cabo prima la calidad de los placeres o elementos que componen la felicidad.

Más allá de las posibles controversias la virtud, para Mill, como componente de la felicidad, es deseable por sí misma y como parte del fin. No considera que exista un motivo o deseo original en ella, salvo

³⁷ Cfr. CASTILLA, R., *Prólogo a El utilitarismo*, Aguilar, Buenos Aires, 1980, pp. 12-13 y RIPOLI, M., *La coersione nella dottrina etico-giuridica de John Stuart Mill*, *op. cit.*, pp. 116-117.

³⁸ BENTHAM, J., *Constitutional Code*, CWJB, *op. cit.*, p. 6. Como destaca Moreso traduciendo textualmente a Bentham «a los ojos de cualquier árbitro imparcial, escribiendo como si fuera el legislador y teniendo el mismo valor la felicidad de todos los miembros de la comunidad en cuestión, la mayor felicidad del mayor número de los miembros de la comunidad, no puede menos que ser reconocido como el único y propio fin del gobierno, es decir, el único objetivo que debe perseguirse», MORESO, J. J., *La Teoría del Derecho de Bentham*, *op. cit.*, pp. 292-293.

³⁹ MILL, J. S., *Utilitarianism*, CW, vol. X, p. 211.

⁴⁰ GARCÍA ANÓN, J., «Racionalidad y universalidad: el “espectador imparcial” y el imperativo categórico de Kant a Mill», en CASTRO, A., CONTRERAS, F. J., LLANO, F. H., PANEA, J. M. (prólogo de A. E. PÉREZ LUÑO y epílogo de P. BADILLO), *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, Sevilla, Ed. Lagares, 2003, pp. 149-169, en concreto pp. 157-158.

su capacidad para conducir al placer y prevenir del dolor. Sin embargo, se la puede concebir como un bien en sí misma puesto que no hay nada en el individuo que resulte tan beneficioso para sus semejantes como el cultivo del amor desinteresado a la virtud. Por eso la doctrina utilitarista puede aprobar y tolerar otros deseos, como por ejemplo el poder y la fama, hasta que en lugar de promover la felicidad general sean contrarios a ésta. Al mismo tiempo, ha de ordenar y exigir el mayor cultivo posible de la virtud por acercarnos a dicha felicidad⁴¹.

La consideración milliana de la virtud como placer puede, en todo caso, suscitar algunos interrogantes. En principio, el deseo se dirige a las consecuencias placenteras que puedan derivar de un comportamiento virtuoso, pero la decisión de tener ese comportamiento tiene que implicar, aunque sea parcialmente, unas bases distintas de la felicidad como fin, de lo contrario la virtud no podría ser considerada como tal. Por eso puede entenderse que el verdadero interés milliano no es tanto la fundamentación utilitarista de la virtud, cuanto la reintroducción del problema de la valoración moral del agente, puesto que, aunque Mill ya había señalado la necesidad de distinguir entre la moralidad de la acción y la del agente, la cuestión de la virtud puede considerarse como paradigmática de la dificultad de respetar dicha diferenciación⁴².

V. LA LECTURA MILLIANA DE LA NOCIÓN BENTHAMITA DE SANCIÓN

Mill hereda los planteamientos básicos relativos a la sanción de la teoría de Bentham, pero al igual que reformula el principio benthamita de utilidad acercándose a lo que se ha denominado como «felicidad moral o utilitarismo incrementado», así también altera la concepción de la sanción propuesta por Bentham.

Puesto que el análisis del concepto amplio del principio de utilidad que propone Mill y, por tanto, el estudio de su noción de felicidad, excede de las posibilidades de este trabajo, me limitaré a señalar sólo algunas ideas que considero fundamentales para la posterior comprensión del concepto de sanción y su relación con la teoría de la virtud. Conviene tener en cuenta, como mantiene García Añón, que en la propuesta milliana, los ingredientes de la felicidad son diversos, y cada uno de ellos es deseable por sí mismo, son partes del fin. Se pone así de manifiesto el quebranto de la idea utilitarista benthamita de felicidad como fin colectivo concreto. Mill se acerca más a la idea aristotélica al entender la felicidad como un fin, y no como un medio en la línea propuesta por Bentham. Así asume que existen distintos ingre-

⁴¹ MILL, J. S., *Utilitarianism*, CW, vol. X, p. 235.

⁴² Cfr. RIPOLI, M., *La coerenza nella dottrina etico-giuridica di John Stuart Mill*, op. cit., p. 122.

dientes que componen la felicidad, de forma que cada uno de ellos es deseable con independencia de que constituya una parte del conjunto. La importancia de los principios secundarios será una constante en gran parte de sus escritos relativos a cuestiones morales. Mill se separa, por tanto, de la postura de Bentham al considerar la felicidad como un fin indirecto⁴³.

En cuanto a la obligación y la sanción en Mill, se construyen, en principio, como conceptos similares a los propuestos por Bentham⁴⁴. Así mantiene la consideración de la sanción como una especie de fuente o motivación última para actuar de acuerdo con lo prescrito. En la concepción benthamita las sanciones, atendiendo a las distintas fuentes de dolor o placer a las que ya hemos aludido, tienen, según Mill, una característica común: son externas. Ello supone una clara limitación: la consideración (benthamita) de que la influencia sobre la conducta humana en el ámbito físico, político, moral y religioso no se genera teniendo en cuenta la dimensión interna, el aspecto psicológico, que desde la propuesta milliana adquiere especial relevancia.

Se establece así un punto de inflexión respecto a Bentham. Las sanciones como elementos que conllevan obligatoriedad, pueden ser, según Mill, tanto externas como internas.

Respecto a las sanciones externas, el planteamiento de Mill no difiere del presentado por Bentham. Ciertamente no es en este ámbito donde pueden aparecer conflictos con los postulados de la moral utilitarista. Por tanto, Mill acepta los cuatro tipos de sanciones propuestos por Bentham, así como el hecho de que puede acudir tanto a la recompensa como a la punición externa como instrumento o mecanismo que permite influir sobre el comportamiento humano.

Sus apreciaciones a la postura benthamita se centran en el hecho de que éste olvida el aspecto interno al hablar de los motivos que están detrás de las sanciones. Así Mill afirma que el hombre no es entendido por Bentham como un ser capaz de perseguir la perfección espiritual como fin último, «como un ser capaz de desear, por su propio bien, la conformidad de su carácter con sus propios criterios de excelencia, sin esperar recompensa y sin temer mal alguno que provenga de otra fuente que no sea la de su limitada conciencia reflexiva. Incluso en la

⁴³ Para García Añón «La felicidad situada en la estructura milliana como un fin indirecto supone una “inversión del benthamismo”», GARCÍA AÑÓN, J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 61-94 y p. 133. Como mantiene Guisán «si partimos de una determinada concepción del hombre óptimo, como ocurre en el caso de Mill, llegaremos coherentemente a defender un tipo de felicidad como más intensa, más profunda, y por tanto más válida, en cuanto felicidad, sin recurrir a ningún otro criterio extrínseco a la misma», GUISÁN, E., «El Utilitarismo», CAMPS, V. (ed), *Historia de la Ética*, volumen II, Barcelona, Crítica, 1992, pp. 457-499, en concreto pp. 488-489. Cfr. RIPOLI, M., *Itinerari della felicità*, op. cit., pp. 52-60.

⁴⁴ Un exhaustivo estudio sobre las obligaciones de justicia y el concepto de castigo milliano, a partir de los postulados de Bentham, puede encontrarse en el excelente análisis en castellano sobre la obra de Mill de GARCÍA AÑÓN, J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, op. cit., pp. 163-169.

más limitada forma de conciencia, este gran hecho de la naturaleza humana se le escapa. Nada resulta más curioso en sus escritos, que la falta de reconocimiento de la existencia de una conciencia como algo distinto de la filantropía, del afecto por dios o por el hombre, y de busca del propio interés, ya sea en este mundo o en el venidero»⁴⁵. En una línea crítica semejante a la señalada por Mill se sitúa Hart al analizar la propuesta benthamita⁴⁶.

Para Mill, la sanción interna del deber, «cualquiera que sea nuestro criterio del deber, es siempre la misma: un sentimiento en nuestro espíritu, un dolor, más o menos intenso que acompaña la violación del deber, que en las naturalezas morales adecuadamente cultivadas lleva, en los casos más graves, a que sea imposible eludir el deber. Este sentimiento que es desinteresado y que se relaciona con la idea pura del deber y no con alguna forma peculiar del mismo, o con alguna de las circunstancias meramente accesorias, constituye la esencia de la conciencia». La fuerza vinculante de la sanción milliana radica, en buena medida, en la conciencia, «en la existencia de una serie de sentimientos que deben violarse para llevar a cabo lo que se opone a nuestro criterio de lo correcto, los cuales, a su vez, si no obstante contravenimos dicho criterio, probablemente reaparecerán posteriormente en forma de remordimiento. Cualquiera que sea la teoría de la que dispongamos acerca de la naturaleza u origen de la conciencia, esto es en esencia lo que la constituye»⁴⁷.

En el interior de este complejo proceso se dan lo que Mill denomina «asociaciones colaterales» determinadas por la simpatía; por el amor; e incluso más por el miedo; por todas las formas de sentimiento religioso; por los recuerdos de la infancia y de toda la vida pasada; por el amor propio, y el deseo de aprecio por parte de los demás; y también por el menosprecio de uno mismo. Esta extraordinaria complejidad se encuentra en el origen del carácter místico que se atribuye a la idea de obligación moral.

Autores como Hacker y Hart, entienden que Mill al añadir la noción de sanción interna de la conciencia, lo que hace es superar a Bentham en su teoría predictiva de la sanción⁴⁸.

Para otros, la teoría de la sanción de Mill no tienen cabida en el conjunto de su sistema. Desde esta postura se plantea que el intento

⁴⁵ MILL, J. S., «Bentham (1838)», *Essays on Ethics, Religion and Society*, CW, vol X, pp. 75-115. Hay traducción en castellano de C. Mellizo, Tecnos, Madrid, 1996, p. 46.

⁴⁶ HART, H. L. A., «Bentham on Sovereignty», PAREKH, B. (ed.), *Jeremy Bentham. Critical Assessments*, III, London, Routledge, 1993, pp. 773-781.

⁴⁷ «The internal sanction of duty, whatever our standard of duty may be, is one and the same- a feeling in our mind; a pain, more or less intense, attendant on violation of duty, which in properly cultivated moral natures rises, in most serious cases, into shrinking from it as an impossibility...», MILL, J. S., *Utilitarianism*, CW, vol. X, pp. 203-260, en concreto pp. 228-229, en la traducción castellana pp. 78-79.

⁴⁸ Cfr. HACKER, P. M. S., «Sanction Theories of Duty», *op. cit.*, p.150 y HART, H. L. A., «Bentham on Sovereignty», *op. cit.* pp. 775 ss.

milliano de fundamentar la doctrina utilitarista en el mero empirismo es un fracaso que lleva a edificarla sobre el carácter social del hombre, introduciendo un concepto de sanción que no siempre es compatible con el conjunto de sus propuestas⁴⁹.

El sentido del deber se construye, en la obra de Mill, mediante las asociaciones mentales unidas a la educación individual. Este proceso, sin embargo, no se percibe de forma racional como tal, en cuanto viene acompañado de lo que hemos visto que Mill denomina como «asociaciones colaterales», que no son más que lo que podríamos considerar como las creencias, los mecanismos psicológicos y los sentimientos sociales. Desde esta consideración interna de las sanciones, Mill plantea distintos problemas⁵⁰.

En primer lugar alude a la cuestión relativa a los individuos que no han recibido una educación adecuada y que, como consecuencia de ello, no tienen un sentido moral subjetivo, de forma que pueden ser influenciados en su comportamiento sólo a través de sanciones externas, es decir, en la línea propuesta por Bentham para actuar e incidir sobre el comportamiento humano. La referencia de Mill a esta situación es meramente superficial para insistir en la relevancia, en relación a la actuación moral, del núcleo de sentimiento que hace que entre en acción la sanción interna⁵¹.

Ciertamente, existen diversos interrogantes a los que Mill no responde. Así no nos indica la consideración que deben tener, desde el punto de vista moral, el comportamiento de los individuos «no cultivados», es decir, los que no han recibido esa educación; tampoco especifica si en el caso de estos sujetos, teniendo en cuenta su situación, tiene sentido hablar de una violación de las obligaciones morales cuando podríamos entender que éstas propiamente no existen. En cualquier caso, aunque estos individuos en la línea de planteamiento de Mill no podría juzgar desde un criterio propiamente moral, ello no significa que dejen de ser considerados como sujetos morales atendiendo a los principios de libertad y autonomía que la teoría milliana postula.

En realidad, como apunta Ripoli, este tipo de consideraciones conducen al problema de la gestión de los individuos privados de sentido moral. En este supuesto las implicaciones ideológicas del discurso de Mill son un poco preocupantes o, al menos, embarazosas para un adversario del paternalismo, hasta tal punto que algunos autores, incluso, someten la moral milliana a la sospecha de elitismo moral⁵². En mi opinión, es necesario insistir en la visión de conjunto de la obra de Mill incidiendo en la defensa que en la misma se hace de la liber-

⁴⁹ Vid. CASTILLA, R., *Prólogo a El utilitarismo*, op. cit., p. 12.

⁵⁰ RIPOLI, M., *La coersione nella dottrina etico-giuridica de John Stuart Mill*, op. cit., p. 80.

⁵¹ MILL, J. S., *Utilitarianism*, CW, vol. X, p. 229.

⁵² Cfr. RIPOLI, M., *La coersione nella dottrina etico-giuridica de John Stuart Mill*, op. cit., p. 82.

tad, la autonomía, la igualdad y la individualidad, recordando como veíamos a propósito de la virtud, su apuesta por un progresivo perfeccionamiento del individuo dentro de un proceso de autorrealización humana.

Mill entiende que la configuración de los deberes morales como realidad objetiva, más allá de la mente del sujeto, es conveniente para reforzar la idea de deber. Ahora bien, para ello es necesario que la conciencia individual, es decir, el elemento subjetivo, se considere de forma adecuada. De lo contrario, sólo las sanciones externas pueden actuar como mecanismo para contener la conducta⁵³.

En la teoría milliana los sentimientos morales no son innatos sino adquiridos. El lenguaje o la capacidad para modificar el ambiente no son cualidades innatas del hombre, aunque su utilización es natural. En el mismo sentido, respecto a la facultad moral, aunque ésta no se encuentra en la naturaleza humana, se desarrolla de forma natural puesto que posee un carácter, aunque limitado, de espontaneidad y puede ser mejorada constantemente. Por tanto, aunque los sentimientos morales no forman parte de la naturaleza, son resultado de ella⁵⁴.

Esta insistencia milliana en el carácter artificial supone una crítica a los defensores del origen sobrenatural de la moral. Ahora bien, no niega la conexión con algún elemento natural porque en tal caso sería muy difícil asociar dichos sentimientos con el principio de utilidad. Los sentimientos naturales en los que se basa la moral utilitarista son los sentimientos «sociales de la humanidad», entendidos como los sentimientos de estar unidos con nuestros semejantes⁵⁵.

Para Mill la adopción del criterio de utilidad tiene una base natural en el hombre constituida por los sentimientos sociales, así la cohesión social está presente en la naturaleza humana y puede mejorarse de forma continua. Mill sostiene que algunos hombres, no todos, pueden percibirse «naturalmente» como seres sociales que se preocupan de los intereses ajenos. Así mantiene una cierta correspondencia entre el criterio de utilidad general como guía moral y la sociabilidad, una tendencia del ser humano espontánea y permanentemente en progreso.

Bentham, por su parte, no había negado la capacidad de operar en el individuo tanto de los elementos que considera sociales puros, como de los semi-sociales. De hecho, les atribuye un papel subsidiario respecto a la determinación de la conducta de los sujetos dentro

⁵³ MILL, J. S., *Utilitarianism*, CW, vol. X, p. 229.

⁵⁴ «On the other hand, if, as is my own belief, the moral feelings are not innate, but acquired, they are not for that reason the less than natural», MILL, J. S., *Utilitarianism*, CW, vol. X, p. 230.

⁵⁵ Así lo mantiene García Añón señalando «si no hubiese esa conexión con algún elemento natural, si los sentimientos morales al asociarse al principio de utilidad no lo hiciesen basándose en poderosos sentimientos naturales, que nos llevan a apreciar para nosotros mismos esos sentimientos morales, al igual que deseamos que los desarrollen los demás, no podrían soportar un análisis metodológico, de forma que se entenderían como sentimientos basados en la arbitrariedad», GARCÍA AÑÓN, J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, op. cit., p. 103.

del control social, que en todo caso, como señalaba anteriormente, viene condicionada, en primer lugar, por el mecanismo de la sanción⁵⁶. El papel concedido por Mill a estos mismos elementos es mucho más amplio y relevante, distanciándose de la propuesta benthamita al insistir en la negación del carácter innato de los mismos, y por tanto, cuestiona que puedan ser considerados como propios de cada ser humano en cuanto tal.

Establecida la configuración de los sentimientos morales y la especial relevancia de la sanción interna, Mill distingue entre los comportamientos indiferentes y los moralmente vetados atendiendo a dos criterios clave: la coercibilidad y la sancionabilidad.

Aún teniendo presente la relevancia que hemos visto que Mill atribuye a la sanción interna, el autor inglés aparentemente sigue la postura benthamita sobre la obligación, en virtud de la cual una acción es moralmente debida si el hecho de no seguirla lleva aparejado un castigo. Como veremos a continuación esto no es exactamente así.

Además, la posibilidad de asociar las sanciones externas y las internas en sentido coercitivo a las obligaciones morales puede suscitar inconvenientes. Una alternativa sería atribuir a Mill una concepción que contempla una forma de interiorización subjetiva del sentido del deber. Así podría mantenerse la hipótesis en virtud de la cual las asociaciones mentales que conforman el proceso educativo se encontrarían en la base de la amenaza que comportan las sanciones externas, cuya efectividad sería irrelevante si el sujeto sometido a tal proceso interiorizara los juicios de valor. Esta propuesta resulta, sin embargo, difícil de mantener, desde el análisis milliano de la sanción por varios motivos⁵⁷:

1. De entrada, Mill reconoce que puede que no todos los sujetos muestren un interés por ese proceso educativo. Su distanciamiento respecto a Bentham, como veíamos, se asienta en buena medida en diferenciar las sanciones externas e internas, como constitutivas de la obligación (en el primer caso), o como justificadas desde la violación, aunque sólo sea en el ámbito de la imaginación, de la obligación (en el segundo supuesto).

2. Por otra parte, aunque el autor inglés le concede una especial importancia a la conciencia, Mill no se centra, únicamente en la dimensión preventiva de la sanción, al estilo benthamita, sino que le asocia también una naturaleza retributiva. A la sanción interna se le puede atribuir una eficacia preventiva, puesto que un sujeto puede evitar un tipo de conducta porque teme que surjan sentimientos de culpa, en este sentido influye en su forma de actuar. Desde la perspectiva retributiva, la sanción sirve para restablecer el equilibrio interno que se rompió con la violación de una obligación, sería como una especie

⁵⁶ BENTHAM, J., *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*, CWJB, p. 284.

⁵⁷ RIPOLI, M., *La coercione nella dottrina etico-giuridica de John Stuart Mill*, *op. cit.*, p. 90.

de reparación, un contrapeso para superar la desaprobación de la propia conducta. Este mecanismo se extiende, según Mill, a toda la sociedad de forma que el deseo de ver castigado a quien ha violado una obligación moral es el elemento constitutivo de la obligación misma, en mayor medida que la amenaza de la sanción.

La articulación entre ambas dimensiones de la sanción: preventiva y retributiva⁵⁸, en concreto en su dimensión más común, la negativa, es una constante en el pensamiento de Mill como lo pone de manifiesto al abordar cuestiones como, por ejemplo, la pena de muerte⁵⁹. Así

⁵⁸ Frente a la dimensión preventiva matenida, entre otros por Bentham, la tradición filosófica ha atribuido a Kant la defensa absoluta de una teoría deontológica de la pena y la crítica a las teorías relativas del castigo. En este autor el castigo-retribución se caracteriza por dos notas: 1. La culpabilidad de quien va a ser objeto de castigo, como requisito necesario y previo; 2. La carga de sufrimiento que debe caracterizar a la pena, el dolor como contenido propio del derecho de castigar del soberano. En Kant la sanción negativa, como castigo, no sería, éticamente admisible por razones de utilidad social, puesto que, el hombre constituye un fin en sí mismo que no puede ser instrumentalizado en beneficio de la sociedad. Sólo por razones de justicia puede aplicarse la pena al delincuente, sin acudir a la consideración utilitarista que supone la protección de la sociedad por medio de la sanción negativa. Se produce, por tanto, una especie de identificación entre ley penal e imperativo categórico. Kant distingue entre la pena intimidatoria o preventiva y la retributiva. Mientras la primera tiene como propósito prevenir el surgimiento de un mal, la segunda es impuesta porque un mal ya se ha realizado. Las penas que son impuestas por los que gobiernan los Estados pertenecen a la primera clase, siendo medios dirigidos a intimidar al autor del delito o al resto de la sociedad por medio del ejemplo que ofrece el propio reo con el sufrimiento que le es impuesto. Estas penas son pragmáticas y, por lo tanto, contrapuestas a la pena, en su sentido moral, que deriva de la justicia absoluta. El principio retributivo tal como lo propone Kant se concreta, por tanto, en la exigencia de culpabilidad. Desde esta perspectiva, Ross señala que la teoría de la culpabilidad kantiana se basa en dos exigencias morales que actúan como principios restrictivos: 1. La pena correspondiente a una trasgresión debe ser impuesta a la persona que la llevó a cabo, incluidos los cómplices y colaboradores. Quedarían excluidos los casos de responsabilidad indirecta en los que no ha existido vinculación con la trasgresión realizada; 2. Debe concurrir el elemento subjetivo en el acto trasgresor, que ha de cumplir una doble característica: a) imputación, es decir, que exista una intención sincera de llevar a cabo la conducta punible; b) imputabilidad, que requiere en el momento de la ejecución del delito un estado de equilibrio mental. La idea de culpa penal en Kant, por tanto, aparece como un principio moral regulador, desvinculado de los fines y, en ese sentido, consecuente con los planteamientos retribucionistas. Vid. KLUG, U., «Despedida de Kant y Hegel», KLUG, U., *Problemas de la filosofía y de la pragmática del Derecho*, traducción de J. M. Seña, Barcelona, Laia, Barcelona, 1989, en concreto p. 33; BETEGÓN, J., *La justificación del castigo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 20 ss.; KANT, I., *Lecciones de Ética*, traducción, introducción y notas de R. Rodríguez Aramayo y traducción de C. Roldán Panadero, Crítica, Barcelona, 1988; ROSS, A., *La finalidad del castigo*, traducción de G. Carrió, Astrea, Buenos Aires, 1976, pp. 177 ss; FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., pp. 387-389. Cfr. MILL, J. S., «Utilitarianism», CW, vol. X, pp. 249 ss., en la traducción castellana pp. 116 ss. Una crítica al concepto de deber en Kant, y su influencia en Mill, puede encontrarse en GARCÍA AÑÓN, J., «Racionalidad y universalidad: el “espectador imparcial” y el imperativo categórico de Kant a Mill», op. cit., pp. 156-166.

⁵⁹ Vid. MILL, J. S., «Capital Punishment (21 Apr. 1868)», *Public and Parliamentary Speeches by John Stuart Mill November 1850-November 1868*, ROBSON, J. M. and KINZAR, B. L. (ed.), CW, vol. XXVIII, op. cit., pp. 266-399.

para Mill la pena capital tiene una función preventiva en la medida en que actúa sobre el imaginario del individuo medio disuadiéndole para que no delinca. En síntesis, la pena de muerte supone un sufrimiento «mínimo» para el sujeto que la recibe, mientras que actúa en un grado «máximo» en el imaginario de la colectividad. Por tanto, con el mínimo coste se produce el máximo beneficio en términos de prevención.

Esta prevención a la que Mill se refiere no opera en los delincuentes habituales, ni en aquéllos que se encuentran en condiciones que favorecen la realización de delitos graves (como, por ejemplo, el homicidio). La dimensión retributiva de la pena capital, se manifiesta básicamente en la atribución del sufrimiento que necesariamente conlleva⁶⁰.

Por tanto Mill, aun reconociendo la importancia del castigo, especial aunque no exclusivamente vinculado a la ley, no lo considera como elemento esencial de la justicia. Así mantiene «la verdad es que la idea de sanción penal, que es la esencia de la ley, forma parte no sólo de la concepción de injusticia, sino de todo tipo de acción incorrecta. No decimos de nada que sea incorrecto moralmente a menos que queramos sugerir que debería castigarse, de un modo u otro, a una persona por obrar de ese modo; de no ser mediante ley, por medio de la opinión de sus conciudadanos; y si no es por la opinión, por los reproches de su propia conciencia»⁶¹. Lo propio de la idea milliana de justicia es la obligación que supone, es decir, el hecho de que pueda obligarse a realizar un comportamiento, de ahí la relevancia de la coerción. Siempre que sea posible es deseable que la obligación se exija por la vía legal, por ser la más eficaz, lo que equivale a afirmar que la forma más completa de justicia se corresponde con la coerción legal⁶². Lo importante no es tanto que exista un castigo cuanto que

⁶⁰ Como recuerda García Añón «el planteamiento de Mill en relación a la pena de muerte, parece no tener en cuenta los intereses de las personas, sino un cálculo directo coste/beneficio en relación al principio de utilidad, o en todo caso supone una modificación de su concepto de interés... Así su defensa de la pena de muerte supone una opción por el hedonismo frente al eudaimonismo que puede encontrarse en otros de sus escritos, y por consiguiente una minusvaloración del derecho a la vida en función de la idea de prevención, paradójicamente para proteger el propio derecho a la vida», GARCÍA AÑÓN, J., «La defensa de la pena de muerte y el derecho a la vida en John Stuart Mill», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1995, pp. 149-170, en concreto p. 150 y p. 170.

⁶¹ «For the truth is, that the idea of pena sanction...», MILL, J. S., «Utilitarianism», CW, vol. X, p. 246, en la traducción castellana p. 110.

⁶² Así mantiene «Nos gratificaría comprobar que la obligación era exigida por alguien que poseyese poder para ello. Si observamos que su exigencia mediante ley resultaría inconveniente lamentamos tal imposibilidad, consideramos la impunidad en que queda la injusticia como un mal, y luchamos por paliarlo fomentando una fuerte desaprobación del ofensor por nuestra propia parte y por parte de la generalidad de la gente. De este modo, la idea de coerción legal continúa siendo la idea generadora de la noción de justicia, aunque experimente diversas transformaciones antes de que dicha noción, tal como se da en un estado avanzado de la sociedad, resulte completa», «We should be gratified...», MILL, J. S., «Utilitarianism», CW, vol. X, pp. 245-246, en la traducción castellana p. 110.

esté presente la idea de obligación. La sanción negativa desde la perspectiva milliana no es más que un mecanismo encaminado a proteger la obligación, y que se conecta con la justicia⁶³.

Así, como concluye García Añón, «la idea de justicia, aunque no se encuentre realizada o protegida de la forma en que se le tiene que exigir a una “sociedad avanzada”, no supone que no puedan reclamarse, y en su caso, utilizar otros medios para su “cumplimiento” o “realización”. La situación ideal, el reflejo de una “sociedad avanzada” es aquella en que la justicia sea exigida por “coerción legal”»⁶⁴, y, podríamos añadir, ésta se asegura básicamente a través de la sanción.

VI. EL NEXO DE UNIÓN ENTRE VIRTUD Y SANCIÓN EN MILL

Si aunamos los dos puntos de análisis de la teoría milliana que hemos abordado hasta aquí, uniendo los planteamientos relativos a la virtud a los propios de la sanción, surgen diversas categorías de individuos:

1. Desde el punto de vista de la sanción, encontramos sujetos cuya conducta sólo es susceptible de ser influenciada por la vía de la sanción externa, puesto que carecen de conciencia moral. A sensu contrario, en la sociedad, existen también, individuos en los que puede actuar la sanción interna como forma de condicionar su conducta, puesto que están dotados de conciencia moral. Cuanto más independiente sea la conciencia del individuo de las asociaciones mentales que la han originado, interiorizando un modelo que le hace asumir el deber como tal, cuando se tiene conciencia del deber (es decir, se interioriza la obligación), menor será la necesidad de acudir a las sanciones externas como forma de influir en la conducta.

2. Desde el análisis de la virtud, encontramos individuos inclinados a conseguir exclusivamente los placeres materiales, que son considerados como inferiores. Frente a éstos, aparecen aquellos en los que prevalecen los placeres superiores, es decir, los espirituales.

En esta dualidad pueden plantearse las siguientes combinaciones: los individuos con conciencia moral, con «sanción interna», serán también aquéllos inclinados a los placeres espirituales; mientras que

⁶³ El castigo en el ámbito de la justicia cumple una función paralela a la que se da en el campo moral: «Los mismos motivos que obligan a observar estas moralidades primordiales recomiendan el castigo de aquéllos que las violan. Dado que se despiertan contra estas personas los impulsos de auto-defensa y defensa de los demás, así como los de venganza, la retribución, el mal por el mal, se conectan íntimamente con el sentimiento de justicia y se incluyen universalmente en tal idea», «The same powerful motives...», MILL, J. S., «Utilitarianism», CW, vol. X, p. 258, en la traducción castellana p. 128. Vid. GARCÍA AÑÓN, J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, op. cit., pp. 164-165.

⁶⁴ GARCÍA AÑÓN, J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, op. cit., pp. 168-169.

los carentes de la misma, en los que es necesario el recurso a la sanción externa, serán los propensos a los placeres materiales. Como vimos, esta diferenciación parece introducir en la teoría milliana una suerte de elitismo moral entre los individuos que pertenezcan a uno u otro grupo, aunque en realidad no es así.

Con independencia del indudable carácter precursor de sus ideas en lo relativo a cuestiones como la igualdad de género, distanciándose de la moral victoriana dominante en la época, autores como Ripoli, por ejemplo, han apreciado en la obra milliana una diferenciación entre dos clases de individuos, para quienes propone diversas formas de trato, desde una dimensión más moral que jurídica. Esta diferenciación refleja, para la mencionada autora, la existencia de individuos de primer y segundo orden, pudiendo interpretarse desde tres perspectivas:

a) Como una discriminación en sentido literal, ya que, la combinación de las condiciones relativas a la presencia o ausencia de sentido moral y la opción por los placeres superiores o inferiores justifica una diferencia de trato entre ambos tipos de sujetos.

b) Como una discriminación en el trato para conseguir el fin de influir sobre la conducta y controlarla socialmente.

c) Por último, puede entenderse como una discriminación valorativa porque considera a los individuos de una clase intrínsecamente mejor que a los de la otra.

Así lo mantiene Ripoli puntualizando, en todo caso, que estas discriminaciones deben interpretarse en su contexto histórico puesto que no sería correcto, ni científicamente provechoso, reprobar a un autor el que se adhiera a prejuicios propios de su época y su clase social⁶⁵.

No podemos, sin embargo, olvidar que precisamente Mill es considerado uno de los defensores de la abolición de cualquier tipo de discriminación, tanto en el plano jurídico como en el social, y un firme defensor del valor propio de las diferencias individuales y de la necesidad de garantizar la libertad de cada individuo así como su autonomía⁶⁶. Para Mill, la individualidad y el libre desenvolvimiento de la misma tiene un valor intrínseco, por sí misma, como uno de los principios del bienestar. Esta idea de individualidad o respeto no está reñida con la promoción de las facultades superiores de la persona, más bien al contrario, responde a la idea de dignidad humana. Así Mill afirma «no es vistiendo uniformemente todo lo que es individual en los seres humanos como se hace de ellos un noble y hermoso objeto

⁶⁵ RIPOLI, M., *La coersione nella dottrina etico-giuridica de John Stuart Mill*, *op. cit.*, p. 124.

⁶⁶ Mill, como Bentham, concede un espacio a las diferencias individuales. Sin embargo, mientras en la teoría benthamita éstas no interesan desde su valoración cualitativa, en cuanto un individuo, desde la perspectiva externa, debe valer tanto como cualquier otro; para Mill, en cambio, reviste especial importancia el valor original de cada persona. *Vid.* MILL, J. S., «On Liberty», *CW*, vol. XVIII, pp. 280 ss, hay traducción en castellano, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1997.

de contemplación, sino cultivándolo y haciéndolo resaltar, dentro de los límites impuestos por los derechos e intereses de los demás... En proporción al desenvolvimiento de su individualidad, cada persona adquiere un mayor valor para sí mismo y es capaz, por consiguiente de adquirir un mayor valor para los demás»⁶⁷.

Hasta tal punto resulta primordial el fortalecimiento de la individualidad por su estrecha vinculación con la dignidad humana, que aun manteniendo la idea de que han de observarse reglas generales la libertad y la autonomía no pueden negarse, en palabras de Mill: «en la conducta de unos seres humanos respecto de otros es necesaria la observancia de reglas generales, a fin de que cada uno sepa lo que debe esperar; pero en lo que concierne propiamente a cada persona, su espontaneidad individual tiene derecho a ejercerse libremente»⁶⁸.

Por tanto cabe entender, aunque Mill acuda a la ficción del «espectador imparcial» para atribuirle la función de determinar las virtudes morales y tomar decisiones en distintos ámbitos desde el moral hasta el político pasando por el jurídico (revindicando así la existencia de diferentes clases de individuos), que en realidad no está anulando la consideración moral de ningún agente, no renuncia a su libertad y autonomía, ni a la consideración de sujetos morales, sino que más bien viene a distinguir «funciones».

VII. CONCLUSIONES

La propuesta de Mill, como la de Bentham, a propósito de la sanción, coloca en un lugar prioritario la posibilidad de coerción, de influir sobre las conductas de los sujetos a partir de la existencia de deberes u obligaciones, desde dos perspectivas en cuanto a la sanción, en principio, no excluyentes: la externa y la interna.

La teoría benthamita de la sanción incide en los estímulos en términos de placer y dolor que pueden vincular a los sujetos a una determinada acción, mostrando una influencia claramente hobbesiana. La sanción como cualquier fenómeno que permite ejercer una coerción sobre la conducta humana, es la fuente de los motivos prácticos que no son más que expectativas de placer o dolor. Bentham distingue cuatro tipos de sanciones, o fuentes de placer y dolor, que permiten influir en el comportamiento: físicas, políticas, morales y religiosas.

Si nos encontramos ante motivos vinculados con el placer (seductores) se traducirán en premios, mientras que si éstos van unidos al dolor (coerciones) producirán castigos. Éstos últimos tan sólo se

⁶⁷ MILL, J. S., «On Liberty», CW, vol. XVIII, p. 266, en la traducción castellana pp. 134-135.

⁶⁸ MILL, J. S., «On Liberty», CW, vol. XVIII, p. 266, en la traducción castellana p. 155.

podrán imponer, de acuerdo con la doctrina utilitarista, teniendo en cuenta las consecuencias de carácter positivo que pueden conllevar.

La sanción en Bentham no es, por tanto, necesariamente una pena. Es por ello que este autor se considera como el precursor del derecho *premier*, puesto que ve en la recompensa una forma de condicionar la conducta de los sujetos, aunque su utilización en el ámbito del ordenamiento jurídico no esté llamada a suplantar a la función que desempeña la sanción negativa.

El análisis milliano de la sanción toma como punto de partida el de Bentham criticando su referencia meramente externa. En la teoría benthamita las acciones pueden ser influidas por las consecuencias naturales que conllevan, bien por las reacciones del Estado, de la autoridad religiosa o de Dios, o de los demás, sin tener en cuenta la voluntad humana y el elemento psicológico. Este es precisamente el factor que Mill añade, y resalta, entorno a la noción de sanción.

La fuerza vinculante de la sanción, desde su dimensión interna, radica en el hecho de que existe una serie de sentimientos que han de violarse para realizar aquéllo que es contrario a nuestro criterio de lo correcto, y que reaparecerán (en caso de que se produzca dicha acción vulneradora) en forma de remordimiento. El sentido del deber es producto de las asociaciones mentales unidas a la educación individual. Precisamente a la noción de deber, o más en concreto de obligación, se vincula la de justicia, antes que con el castigo como en la teoría benthamita.

Los sentimientos morales, por tanto, son artificiales y adquiridos, pero tienen conexión con los elementos naturales, no forman parte de la naturaleza pero son el resultado de la misma.

De las distintas repercusiones que puede tener la propuesta milliana de asociar las sanciones a obligaciones morales, insistiendo en la relevancia de la interiorización subjetiva de reglas y valores morales, aparece una de especial trascendencia: la diferenciación entre los individuos desde el punto de vista de la conciencia. Con los parámetros de Mill, en la sociedad podemos encontrar sujetos cuya conducta es básicamente susceptible de ser influenciada por la sanción externa, al carecer de conciencia moral (lo que no les «elimina» por así decirlo como sujetos o agentes morales). Entre éstos, por ejemplo, los que no han recibido ningún tipo de educación (en cuanto interiorización de valores), o como el mismo autor reconoce, los delincuentes habituales. Hay también otros individuos en los que, gracias a su conciencia moral, no es necesaria la sanción externa.

En el mismo sentido, pero desde la teoría milliana de la virtud, encontramos individuos en los que prevalecen los placeres espirituales considerados como superiores, frente a aquéllos que optan por los materiales. Esta distinción, obedece a un intento de diferenciación de los sujetos, más desde el ámbito moral que el jurídico, que puede ser vista como elitista. No puede en cualquier caso negarse que Mill mantiene la libertad y la autonomía de los individuos, así como su consi-

deración de sujetos morales, y que ese indirecto elitismo ha de ser entendido en el conjunto de su apuesta por la felicidad y la justicia, sin apreciar en él ninguna suerte de discriminación propiamente dicha.

En realidad, la alusión a la virtud en Mill, no es más que un elemento para volver a la concepción de la felicidad e insistir en la idea de justicia, puesto que, como el propio autor recapitula: «la idea de justicia supone dos cosas: una regla de conducta, y un sentimiento que sanciona la regla. La primera tiene que suponerse que es común a toda la humanidad y encaminada al bien de la misma. Lo segundo (el sentimiento) se refiere al deseo de que los que infringen la regla sufran castigo»⁶⁹. En las sociedades avanzadas es deseable que dicha justicia sea exigida por la coerción legal, sólo así puede entenderse que esta coerción sea considerada como la idea generadora de aquélla.

En definitiva, la teoría milliana acerca del recurso a la sanción y entorno a la cuestión de la virtud que viene a completar la propuesta de Bentham, podría resumirse acudiendo a una de la fuentes que la inspiran: la obra de Aristóteles, en el que ya se vislumbra ese paso de la ética a la política que Mill retomará: «algunos creen que los legisladores deben fomentar y exhortar a las prácticas de la virtud por causa del bien, esperando que los que están dispuestos en sus buenos hábitos seguirán sus consejos; que deben imponer castigos y correcciones a los desobedientes y de inferior naturaleza; y que deben desterrar permanentemente a los que son incurables; pues creen que el hombre bueno y que vive orientado hacia lo noble obedecerá la razón, mientras que el hombre vil que desea los placeres debe ser castigado con el dolor, como un animal de yugo. Por eso dicen también que las penas a infligir han de ser tales que sean lo más contrario posible a los placeres que aman»⁷⁰.

⁶⁹ MILL, J. S., «Utilitarianism», CW, vol. X, p. 249-250, en la traducción castellana p. 116-117.

⁷⁰ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, traducción de J. Pallí e introducción de T. Martínez Manzano, Gredos, Madrid, 2000, libro X, 9, 1180 a 5-15, p. 295.

John Stuart Mill y John Austin: una mirada comparativa

Por ISABEL TURÉGANO MANSILLA
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

Los escritos de John Stuart Mill constituyen una aportación relevante para la reconstrucción de la biografía y el pensamiento de John Austin. Y, al mismo tiempo, la investigación jurídica y moral de este último sirve también para revisar la concepción milliana sobre el Derecho y la justicia. El estudio comienza haciendo un recorrido por las relaciones que Austin y Mill mantuvieron a lo largo de sus vidas, subrayando los aspectos biográficos que explican la recíproca influencia en el pensamiento de ambos autores. Las principales aportaciones teóricas en cuya reflexión coincidieron se centran, en primer lugar, en la reflexión sobre la posibilidad y naturaleza de un estudio teórico sobre el derecho y en el análisis jurídico formal del concepto de derecho subjetivo. La recensión de Mill a la primera edición póstuma de las Lecturas de Austin muestra que su inicial dedicación al estudio del Derecho no resultó por completo vana y que la reflexión sobre las posibilidades de una Jurisprudencia formal ocupa parte de sus preocupaciones teóricas. En segundo lugar, John Austin compartió el interés de Mill por construir una teoría utilitarista de los derechos morales, si bien los presupuestos y resultados de ambos son por completo divergentes. Mientras que la propuesta de Austin es propiamente una teoría que funda los derechos no jurídicos en el propósito fundamental de maximizar la utilidad general, la teoría de Mill presenta algunas inconsistencias con el utilitarismo pero, como resultado, permite garantizar la individualidad frente al conformismo y la uniformidad que subyacen al modelo austiniano.

Palabras clave: John Austin, John Stuart Mill, Jurisprudencia analítica, derecho subjetivo, derechos morales, utilitarismo.

ABSTRACT

John Stuart Mill's writings are an outstanding contribution to the reconstruction of John Austin's biography and thought. And, at the same time, the latter's legal and moral research is also useful to review Mill's conception of law and justice. This work begins looking through the relationship that Austin and Mill had throughout their lives, underlining those biographical aspects that explain the reciprocal influence on the thought of both authors. The main theoretical contributions on whose meditation both authors agreed focus, in the first place, on the reflection about the possibility and nature of a theoretical study on law and on the formal legal analysis of the concept of right. Mill's review to the first posthumous edition of Austin's Lectures shows that his initial dedication to the study of law did not turn out to be completely useless and that reflection about the possibility of a formal Jurisprudence was among his theoretical concerns. In the second place, John Austin shared Mill's interest in the construction of a utilitarian theory of moral rights, although the premises and results of both are completely opposite. Whereas Austin's proposal is properly a theory that founds non legal rights on the basic aim of maximizing general utility, Mill's theory displays some inconsistencies with utilitarianism but, as a result, it allows individuality to be guaranteed against the conformism and uniformity that underlie Austinian model.

Key words: *John Austin, John Stuart Mill, Analytical Jurisprudence, legal rights, moral rights, utilitarianism.*

SUMARIO: 0. INTRODUCCIÓN.—1. APUNTES BIOGRÁFICOS COMUNES. 2. APORTACIONES A LA TEORÍA JURÍDICA ANALÍTICA. 2.1 *La recensión a las Lectures de Austin: una aproximación al fundamento de una ciencia jurídica.* 2.2 *Análisis jurídico-formal del concepto de derecho.*—3. ENTRE LA UTILIDAD Y LOS DERECHOS.

0. INTRODUCCIÓN

La obra de John Stuart Mill resulta ser una senda a seguir para rastrear la biografía y el pensamiento de John Austin. A través de sus escritos autobiográficos, su correspondencia, sus completas recensiones y algunos fragmentos de sus investigaciones se puede ir construyendo la imagen y las ideas de uno de los más influyentes juristas del siglo XIX británico. Mill no sólo dejó muchas aportaciones relevantes para dibujar un retrato de un hombre «de un tipo mental diferente al de los otros intelectuales»¹, sino que contribuyó de un modo decisivo a la divulgación e interpretación de las principales aporta-

¹ MILL, J. S., *Autobiografía*, trad. cast. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 1986, p. 93.

ciones de Austin. Su larga recensión a la publicación póstuma de las *Lectures* de Austin que apareció en la *Edinburgh Review* en 1863 fue considerada aún por Hart como una de las dos explicaciones más exhaustivas de la obra de Austin² y fue lectura obligatoria para los estudiantes de Teoría jurídica. Igualmente Mill comentó la primera edición de *The Province*, el artículo de Austin sobre la centralización y su obra final de defensa conservadora de la constitución británica. En todos sus análisis, Mill favoreció una interpretación de la contribución de Austin que sobrepasaba el estricto ámbito de la Jurisprudencia analítica. Resaltó la capacidad de su obra para formar en el difícil arte del pensamiento claro y preciso no sólo a juristas sino también a hombres de Estado e investigadores de la mente humana y afirmó su preferencia por la versión austiniana del principio de utilidad³. Lo que sigue es un recorrido por las experiencias vitales que compartieron y por los lugares comunes que transitaron en la Teoría jurídica y moral. Aunque sus aportaciones se distancian en aspectos esenciales ambos afrontaron la difícil tarea del pensamiento crítico desde los postulados empírico-formales del utilitarismo.

1. APUNTES BIOGRÁFICOS COMUNES

John Austin trasladó su residencia a Queen Square, Londres, en el año en que contrajo matrimonio con Sarah Taylor (1819), entrando en contacto con el eminente círculo social e intelectual del radicalismo filosófico⁴. En torno al domicilio de Jeremy Bentham se formó un notable grupo de políticos y pensadores que fundaron en los principios del utilitarismo las exigencias de democratización de la política y la sociedad británicas. Políticos y pensadores como George Grote, Charles Buller, Lord Lansdowne, Samuel Romilly, Brougham o Dumont y figuras literarias como Thomas Carlyle conformaron una notable asamblea con elevados intereses intelectuales. En el núcleo de la misma estuvo la familia de James Mill, cuyos escritos en economía política y ensayos políticos ejercieron una gran influencia. Fue en ese entorno de pensadores comprometidos políticamente, para quienes la educación de los ciudadanos era esencial para el desarrollo de la democracia, en el que se formó el hijo mayor de James Mill, John Stuart, que recibió una educación privada intensiva.

² HART, H. L. A., «Bibliographical Note», en AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1954, p. xx.

³ MINEKA, F. E. (ed.), *The Earlier Letters of John Stuart Mill 1812-1848*, en ROBSON, J. M. (ed.), *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. XII, Toronto-Londres, University of Toronto Press-Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 236.

⁴ THOMAS, W., *The Philosophic Radicals: Nine Studies in Theory and Practice, 1817-1841*, Oxford, Clarendon Press, 1979.

El domicilio de los Austin se convirtió pronto en un centro de tertulia en el que Sarah Austin desempeñó un papel esencial. Mujer de gran belleza, energía y elevadas cualidades morales e intelectuales, que pronto comenzaría a ser conocida por sus traducciones, supo reunir en torno a su familia a eminentes personalidades de la cultura y la política⁵. Fue ella la que atrajo hacia su marido a muchos de los políticos, literatos y pensadores que descubrieron la profundidad de las ideas austinianas, puesto que John Austin, como afirmó el joven Mill, a pesar de sus evidentes capacidades intelectuales y discursivas⁶, solía rehuir la vida social⁷.

Los Austin contribuyeron de modo notable a la educación de John Stuart Mill. Sarah había estado enseñando a sus hermanas durante la estancia de John en Francia. James Mill creyó que la profesión jurídica era «menos mala que cualquier otra» y propuso a Austin leer Derecho Romano con su hijo durante el invierno de 1821-1822. Según Mill, las lecturas no sólo le aportaron una valiosa introducción a los estudios jurídicos, sino que constituyeron una parte importante de su educación general. Incluyeron las *Instituciones* de Heinecio, sus *Antigüedades romanas* y parte de su exposición de las *Pandectas*, a lo que se añadió una parte importante de Blackstone⁸. Mill siempre encontró en el pensamiento de Austin un modelo de razonamiento y de capacidad intelectual a imitar y su relación perduraría a lo largo de sus vidas.

Desde el comienzo, Mill compartió muchas ideas con Austin. Imbuidos del utilitarismo benthamiano, ambos sucumbieron con el tiempo a nuevas influencias. No obstante siempre continuaron compartiendo una común teoría de la ciencia y de la fundamentación moral⁹. Los dos se embarcaron en los proyectos editoriales del círculo

⁵ Lotte y Joseph Hamburger prestaron especial atención al papel que Sarah Austin ocupó en su matrimonio (vid. HAMBURGER, Lotte y Joseph, *Troubled Lives: John and Sarah Austin*, Toronto, University Press, 1985, pp. 66-77, 78-94, 97, 119-153, 154-167, 192-199).

⁶ En su autobiografía afirma Mill que Austin «era un hombre de gran capacidad intelectual, cosa que como mejor se manifestaba era en el curso de una conversación, por el vigor y la riqueza expresiva con que, en el calor de las discusiones, solía mantener puntos de vista sobre infinidad de asuntos, y por la impresión que daba de poseer una voluntad firme y, al mismo tiempo, controlada» (MILL, J. S., *Autobiografía*, cit., p. 91).

⁷ MILL, John Stuart, *The Early Draft of John Stuart Mill's Autobiography*, editado por Jack Stillinger, 1971, p. 147.

⁸ MILL, John Stuart, *Autobiografía*, cit., p. 83. En su escrito autobiográfico Mill afirma que la influencia que Austin ejerció sobre él fue «sobremanera saludable. Fue una influencia moral, en el mejor sentido de la palabra. Se tomó por mí un amable y sincero interés que rebasaba con mucho lo que podría haberse esperado de un hombre de su edad, de su posición y de su aparente severidad de carácter, hacia un simple jovencuelo... Mi relación con él fue tanto más beneficiosa cuanto que Mr. Austin era hombre de un tipo mental diferente al de los otros intelectuales que yo frecuentaba: desde un principio, su actitud estuvo en decidida oposición a los prejuicios y a la estrechez de miras que es casi seguro encontrar en un joven, como lo fue él, formado en un particular estilo de pensamiento y en un particular círculo social» (*ibidem*, pp. 92-93).

⁹ *Ibidem*, pp. 176-177.

de radicales contribuyendo con artículos en los grandes proyectos de la *Westminster Review*, financiada por el propio Bentham y dirigida por Bowring, y la *Parliamentary History and Review*, publicación que sólo duró tres años pero que, en opinión de Mill, dio a los radicales mucho más crédito del que había provenido de la primera¹⁰.

John Stuart Mill fue, sin duda, un testigo privilegiado de la experiencia universitaria de Austin, encontrándose entre el relevante grupo de alumnos del primer curso de la asignatura de *Jurisprudence* recientemente instaurada. Bajo la influencia del grupo de benthamitas, la Universidad de Londres (hoy *University College*) fue creada en 1826. Entre sus novedades se presentaba una formación académica en Derecho, que ofertaba junto con las asignaturas de Derecho inglés y Derecho romano, una asignatura de Teoría jurídica. La búsqueda de principios generales científicamente fundados, frente al estudio eminentemente técnico de carácter práctico y casuístico en que había consistido hasta entonces la enseñanza jurídica en Gran Bretaña¹¹, constituía el contenido de una nueva disciplina, la Jurisprudencia. Algunos de los miembros del equipo de gobierno de la Universidad fueron personalidades del círculo de benthamitas, para quienes Austin estaba «excepcionalmente bien cualificado» para ocupar la Cátedra¹². Brougham resaltó las cualidades de Austin para desempeñar el cargo: «profundos conocimientos, gran capacidad y fuerza mental y una estupenda facultad de exposición», a lo que añadió su excelencia moral y sentido del deber. «La búsqueda de la verdad fue siempre su primer objetivo; la difusión de su conocimiento el siguiente»¹³.

El interés que se venía mostrando entre algunos intelectuales británicos por la vida y las instituciones alemanas inspiró el proyecto universitario londinense¹⁴. A la búsqueda de modelos de análisis y de ordenación sistemática del Derecho, Austin viajó a Alemania donde residió durante 1827 y 1828. Allí el pensamiento jurídico del autor, formado bajo la influencia directa de Hobbes y Bentham, encontró elementos nuevos a los que se enfrentó con un sentido independiente y crítico. Tras una breve estancia en Heidelberg, se instaló en octubre de 1827 en Bonn, donde entró en contacto con Niebuhr, Brandis, A. W. von Schlegel, Welcker, F. Mackeldey, A. W. Heffter y otros intelectuales de la época¹⁵. El clima anti-iusnaturalista de la literatura historicista

¹⁰ *Ibidem*, p. 128.

¹¹ *Vid.* COCKS, Raymond, *Foundations of the Modern Bar*, London, Sweet & Maxwell, 1983.

¹² BELLOT, H. H., *University College London. 1826-1926*, London, University of London Press, 1929, p. 97.

¹³ BROUGHAM, H., «John Austin», *The Law Magazine and Law Review*, vol. IX, 1860, pp. 166, 169.

¹⁴ BELLOT, H. H., *University College London*, *cit.*, p. 1, 8-9; SCHWARZ, Andreas B., «John Austin and the German Jurisprudence of his time», *Politica*, 1, 1934-5, pp. 178-180.

¹⁵ ROSS, Janet, *Three Generations of English Women. Memoirs and Correspondence of Susannah Taylor, Sarah Austin and Lady Duff Gordon*, London, T. Fisher

y su concepción sistemática de la ciencia jurídica interesaron especialmente a un pensador preocupado por la construcción de una ciencia sobre un material heterogéneo y cambiante como era el caótico Derecho inglés de la época. A pesar de su clara discrepancia en relación con la cuestión de la codificación¹⁶, Austin pudo haber adquirido en esta época una cierta conciencia de la base histórica de toda ciencia que compartía entonces con el propio John Stuart Mill¹⁷.

A su vuelta de Alemania, Austin comenzó a impartir sus lecciones a un conjunto notable de jóvenes que superaba sus expectativas¹⁸. Entre ellos se encontraban, además de John Stuart Mill, George Cornwall Lewis, John Roebuck, John Romilly, Edward Strutt, Charles Buller, Charles Cap. Villiers y Edwin Chadwick, muchos de ellos radicales benthamitas que llegarían a ser miembros del Parlamento. Sin embargo, Austin no logró satisfacer plenamente las demandas de su audiencia. El programa previsto no pudo ser completado por el tono lento y repetitivo de las lecciones¹⁹ que, además, resultaban tediosas por ser leídas a partir de textos escritos en los que Austin perdía la brillantez de su conversación. El propio Mill planteó algunas sugerencias para la mejora de las lecciones en una carta a Sarah Austin, en la que le informaba de que las lecciones se excedían en detalles que podían abreviarse. Ello permitiría terminar las lecciones que habían quedado incompletas y, así, presentar la estructura completa de su sistema de Jurisprudencia. Mill también insiste en la importancia de una lección introductoria que diera cumplida cuenta de qué es la Jurisprudencia, para qué sirve su estudio, en qué difiere de otras disciplinas jurídicas y cómo contribuye positivamente al estudio del Derecho²⁰.

El segundo curso no pudo comenzar en la fecha prevista, noviembre de 1830, por falta de alumnos y se pospuso hasta 1831 en que

Unwin, 2.^a ed., 1893, p. 186, 190, 193. Austin no conoció personalmente a Savigny hasta su estancia en Berlín en 1842-1843. Sin embargo, el profesor con el que Austin estudió textos alemanes durante su estancia en Bonn, probablemente Ludwig Arndts, había estudiado con Hugo y Savigny (*ibidem*, pp. 67-73; SCHWARZ, A. B., «John Austin and the German Jurisprudence of his Time», *cit.*, p. 187).

¹⁶ Aunque calificó a Savigny como uno de los más relevantes juristas de la época, Austin criticó su oposición a la codificación (AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, 5.^a ed. Revisada y editada por Robert Campbell, London, John Murray, 1885, vol. II, pp. 666-667, 669-670, 675-681, 1038-1039).

¹⁷ En este sentido, MORISON, W. L., *John AUSTIN*, London, Edgard Arnold, 1982, p. 20. *Vid.* de John Stuart Mill las páginas de su escrito autobiográfico en que señala que su padre no había sabido responder adecuadamente a las críticas que Macaulay había dirigido a su *Ensayo sobre el gobierno* (MILL, J. S., *Autobiografía*, *cit.*, pp. 161 ss.). En MILL, James, *Political Writings*, editado por Terence Ball, Cambridge, University Press, 1992, se contienen, además de los ensayos políticos de James Mill, el ensayo de T. B. Macaulay sobre «Mill on Government» aparecido en *The Edinburg Review*, marzo, 1829 y la respuesta de J. Mill a Macaulay extraída de *Fragment on Mackintosh*, Longmans, Green, Reader y Dyer, London, 2.^a ed. 1870, pp. 275-296.

¹⁸ ROSS, Janet, *Three Generations of English Women*, *cit.*, p. 57.

¹⁹ MINEKA, F. E. (ed.), *The Earlier Letters of John Stuart Mill 1812-1848*, *cit.*, p. 51.

²⁰ *Ibidem*, pp. 51-53.

ocho estudiantes asistieron a sus clases. Puesto que los honorarios de los profesores dependían del número de alumnos, Austin se vio obligado a aceptar una subvención privada promovida por James Mill y Grote para continuar su docencia hasta julio de 1833, fecha en que impartió su última clase²¹. En esos años sólo publicó un esquema introductorio de sus lecciones y la primera parte de las mismas dedicada a la delimitación del objeto de la Jurisprudencia²². Los años sucesivos estuvieron atravesados por el desencanto y las continuas crisis que le impidieron completar cualquier proyecto ambicioso.

Aunque los Austin trasladaron su residencia londinense en 1830 y más tarde residieron en Bolonia, Malta, Carlsbad, Dresde, Berlín y París (1835-1848), siguieron teniendo una relación estrecha con John Stuart Mill. La admiración y agradecimiento a los Austin continuó durante muchos años y quedó evidenciada en la correspondencia de la época²³. Mill consultó a Austin acerca del epitafio a James Mill. Propuso a Austin para ocupar algunos cargos para los que lo consideraba especialmente preparado, en la *East India Company* y en la Universidad de Glasgow. Le animó insistentemente a publicar una segunda edición de *The Province* y un nuevo volumen con el resto de lecciones, así como su más ambicioso proyecto de un tratado sistemático de la moral²⁴. Aunque alabó el trabajo que Austin publicó en 1847 sobre «centralización» en la *Edinburgh Review*²⁵, le insistió en la necesidad de que publicara aquéllo para lo que estaba especialmente preparado, el análisis del derecho en sus elementos científicos.

Mill envió a Austin borradores de su *Sistema de Lógica* antes de su publicación (1843), esperando que publicara un comentario de la obra. En la amplia recensión que Mill publicó de la edición de 1863 de las *Lectures* de Austin deja entrever que los enunciados de la Jurisprudencia general austiniana emplean la misma lógica que él propone para las «ciencias morales». La evidencia de una relación entre ambos es sólo indirecta, pero lo cierto es que Austin aclamó la investigación de Mill cuando fue publicada y habló de recensionarla y defender una concepción de la teoría de la ciencia que consideraba como propia²⁶.

²¹ Fue el propio John Stuart el que le comunicó a Sarah la noticia de la subvención en una carta en la que trataba de calmar la ansiedad del matrimonio ante un futuro académico incierto (*ibidem*, p. 72).

²² AUSTIN, J., *An Outline of a Course of Lectures on General Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, 1831; y *The Province of Jurisprudence Determined*, London, John Murray, 1832.

²³ *The Earlier Letters of John Stuart Mill 1812-1848*, cit., pp. 292-293, 321-322, 506-507, 521, 527-529, 541-43, 571-573, 579, 622, 653-654, 706-707, 711-715, 730-731.

²⁴ Ross, J., *Three Generations of English Women*, cit., p. 201.

²⁵ AUSTIN, J., «Centralization», *The Edinburgh Review*, vol. 85, 1847, pp. 221-258; MILL, J. S., «Austin on Centralization», *Morning Chronicle*, 6 de febrero de 1847 (ROBSON, A. P. y ROBSON, J. M. (eds.), *Collected Works of John Stuart Mill*, cit., vol. XXIV 1986, pp. 1602-1606).

²⁶ MORISON, W. L., *John Austin*, cit., p. 56. En una carta de Mill a Austin en la primavera de 1843 le confiesa que «su opinión de mi Lógica es muy gratificante para mí» (*Collected Works of John Stuart Mill*, cit., vol. XIII, p. 579).

Así concebidas las lecciones austinianas serían un intento de definición y clasificación del fenómeno jurídico desde una lógica empirista.

Pero las ideas que Mill y Austin compartían iban más allá del problema de la fundamentación de la ciencia. Ambos habían dejado de aceptar como dogma el individualismo radical del utilitarismo benthamita y aceptaban la necesidad de confiar en la autoridad de una élite científica²⁷, si bien frente al conservadurismo que se encontraba en la base de esta idea austiniana Mill introdujo relevantes elementos democráticos. A esta teoría de la autoridad de Mill, que ha sido normalmente atribuida a la influencia de los saintsimonianos, contribuyó la concepción que Austin había desarrollado en sus lecciones sobre la relación entre utilitarismo y autoridad²⁸.

Ambos, sin embargo, reconocieron las importantes divergencias ideológicas que les iban separando. El contacto de Austin con la literatura y con la sociedad e instituciones alemanas en la segunda década del XIX inició un cambio perceptible de sus ideas políticas. La inicial influencia del radicalismo filosófico iba siendo sustituida por «una indiferencia, casi desprecio, por el progreso de las instituciones populares». «Pensaba que, bajo la monarquía prusiana, el gobierno práctico era mejor que bajo el sistema representativo de Inglaterra, y que había mucha mayor preocupación (lo cual es verdad) por la educación y por la mejora intelectual de todos los niveles del pueblo. Y mantenía, con los *Economistes* franceses, que la verdadera garantía de un buen gobierno es un *peuple éclairé*, cosa que no siempre es el fruto de instituciones populares, y que, de poder realizarse sin ellas, alcanzaría mejores resultados»²⁹.

A partir de entonces Austin sustituyó la defensa del sufragio universal por la necesidad de un pueblo instruido que acepte la guía de una élite cualificada. Desde su vuelta de Alemania, despreció la política de partidos y mostró interés en el asesoramiento experto, participando en dos Comisiones de reforma jurídica. Sin embargo, era un pensador singular que fue crítico con ideologías muy diversas. No sólo criticó el radicalismo, sino que mantuvo tesis opuestas al socia-

²⁷ Mill expresó por primera vez esta creencia a comienzos de 1831. *Vid.* MILL, J. S., «The Spirit of the Age», *Examiner*, enero-mayo, 1831 (en ROBSON, A. P. y ROBSON, J. M. (eds.), *Collected Works of John Stuart Mill, cit.*, vol. XXII, 1986, pp. 227-234, 238-245, 258-259, 283-284, 289-295, 304-307, 312-316).

²⁸ *Vid.* en este sentido, FRIEDMAN, Richard B., «An Introduction to Mill's Theory of Authority», en SCHNEEWIND, J. B. (ed.), *Mill: A Collection of Critical Essays*, London, Macmillan, 1969. En el mismo sentido, GARCÍA AÑÓN, José, *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 15, 19. En su recensión a *The Province*, Mill resalta algunos pasajes sobre el fundamento de los principios morales entre los que se encuentra aquél en que señala la necesidad de confiar en la autoridad de investigadores imparciales (MILL, J. S., «Austin's Lectures on Jurisprudence», *Tait's Edinburgh Magazine*, 1832 (en ROBSON, J. M. (ed.), *Collected Works of John Stuart Mill, cit.*, vol. XXI, pp. 58-59). Sobre el utilitarismo austiniano y su teoría de la autoridad, *vid.* TURÉGANO, I., *Derecho y moral en John Austin*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 444-461.

²⁹ MILL, J. S., *Autobiografía, cit.*, pp. 176-178.

lismo, el partido Tory y la ideología Whig. No fue hasta los acontecimientos de 1848 cuando defendió abiertamente una ideología conservadora. En los años intermedios, sin embargo, seguía preocupado por la necesidad de promover la educación para lograr el progreso social y se mostraba indignado por la estrechez de miras y el desinterés por lo público de la sociedad inglesa.

Cuando estalló la Revolución en Francia en febrero de 1848, Mill respaldó las acciones del gobierno provisional³⁰. Le fue difícil aceptar que la carta publicada en *The Times* el 1 de marzo de 1848 fuera efectivamente redactada por Austin³¹. En ella se afirmaba que los acontecimientos franceses confirmaban los peores temores a los efectos de las teorías socialistas, que en lugar de comprender las cuestiones sociales difunden opiniones que llevan al pueblo a conductas anárquicas y no les proporcionan una adecuada instrucción³². Mill afirmó que nunca pensó que se separaría tanto de Austin en su valoración de un acontecimiento público como lo había hecho en éste³³.

La amargura y descontento con el mundo que Mill ya había resalado como rasgos propios del carácter de Austin se acentuaron en los últimos años de su vida, de modo que a pesar de su susceptibilidad moral y enorme sentido del deber apenas si llegó a completar alguna tarea de magnitud. Mill duda de si en sus últimos años Austin seguía manteniendo su convicción en la «extraordinaria maleabilidad de la naturaleza humana» y la posibilidad de progreso moral «bajo una dirección que viesse claro en el orden de las influencias sociales y educativas». Especialmente el contenido de su última publicación fue «de un carácter mucho más Tory de los que mantenía en otro tiempo»³⁴. Mill respondió a *A Plea for Constitution* con un artículo sobre la reforma constitucional británica que resulta ser muy cortés en el tratamiento que dispensa a un autor con cuyas ideas difiere y cuyas conclusiones considera inaceptables. Mill enfatiza los puntos de coincidencia y agradece sus críticas a la reforma como advertencia de los peligros y dificultades a los que debe enfrentarse cualquier propuesta reformista. Y se alegra de que Austin haya vuelto a escribir, aunque sea sobre una cuestión en la que difieren, si ello permite pensar que será posible ver publicada su gran obra prevista³⁵.

Habiendo siempre reconocido su capacidad intelectual y crítica aún en el periodo final de abierta discrepancia política, Mill no expre-

³⁰ MILL, J. S., «Vindication of the French Revolution of February 1848. A Review of Lord Brougham's Pamphlet on the French Revolution», *Westminster Review*, abril 1849 (ROBSON, J. M. (ed.), *Collected Works of John Stuart Mill*, cit., vol. XX, 1985, pp. 317-363, 394-400).

³¹ *The Earlier Letters of John Stuart Mill 1812-1848*, cit., pp. 731-344.

³² AUSTIN, J., «The State of Affairs in Paris», *The Times*, 1 de marzo de 1848, p. 6.

³³ *The Earlier Letters of John Stuart Mill 1812-1848*, cit., p. 734.

³⁴ MILL, J., *Autobiografía*, cit., pp. 91-92, 178.

³⁵ Vid. AUSTIN, J., *A Plea for the Constitution*, London, John Murray, 1859; MILL, J. S., «Recent Writers on Reform», *Fraser's Magazine*, abril, 1859 (ROBSON, J. M. (ed.), *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. XIX, 1977, pp. 341-370).

só su pésame a la viuda en diciembre de 1859 tras la muerte de John Austin. La relación entre Sarah y John Stuart venía enfriándose desde 1834 cuando Sarah criticó la relación del pensador con Harriet Taylor, entonces esposa de John Taylor³⁶. Y la relación se rompió algunos años más tarde en los que los desencuentros personales se vieron reforzados por una separación ideológica cada vez más visible, especialmente en lo que se refiere a la cuestión de la emancipación femenina³⁷. No obstante, Sarah escribió a Mill tras la muerte de su marido pidiéndole consejo y ayuda en la tarea que se había propuesto de publicar los escritos de John Austin. A pesar de algunas reticencias iniciales y mostrándose esquivo en el trato con Sarah, Mill prestó una ayuda esencial al proyecto editorial y su colaboración fue reconocida por el editor y revisor de las Lecciones, Robert Campbell³⁸. Su distanciamiento de Sarah no le impidió rendir, en una carta a la nieta de los Austin, Janet Ross, el tributo merecido a «uno de los hombres que más apreciaba» y a quien más debía «moral e intelectualmente»³⁹. Mill siempre consideró que haberle conocido desde su juventud había sido una de las circunstancias más felices de su vida⁴⁰.

2. APORTACIONES A LA TEORÍA JURÍDICA ANALÍTICA

Mill no fue un jurista, aunque, conforme al esquema trazado por su padre, recibió una formación jurídica. Desde sus primeros escritos, con-

³⁶ PACKE, ST. JOHN M., *The Life of John Stuart Mill*, London, Secker and Warburg, 1954, pp. 120-124, 178-179; HAYEK, F. A., *John Stuart Mill and Harriet Taylor. Their Friendship and Subsequent Marriage*, London, Routledge & Kegan Paul, 1951, p. 89.

³⁷ En este sentido, HAMBURGER, Lotte y Joseph, *Troubled Lives: John and Sarah Austin*, cit., pp. 165-166. La visión idealizada de Sarah Austin de la esposa devota dedicada a la promoción intelectual de su marido ha sido comparada a la imagen femenina del personaje de *Dorotea* en la novela de George Eliot *Middlemarch* (traducida al castellano por José Luis López Muñoz, Barcelona, Alba, 2000). Dorotea representa el modelo de mujer victoriana que se embarca en un matrimonio idealizado en el que se pretende compartir y promover la erudición del marido. El carácter tímido, falta de confianza y enfermizo tanto de John Austin como de Casaubon hicieron de la vida de sus mujeres una constante sumisión y sacrificio que resultó ser inútil. Mill, sin embargo, fue crítico con las convenciones victorianas y un convencido defensor de la extensión de los derechos a las mujeres. Además de una serie de ensayos, destaca su *The Subjection of Women* publicado en 1869 (ROBSON, J. M. (ed.), *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. XXI, 1984, pp. 259-340); entre las traducciones al castellano, vid. «La dominación de la mujer», en COLLINI, S., (ed.), *Sobre la libertad y otros escritos*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

³⁸ MINEKA, F. E. y LINDLEY, D. N. (eds.), «The Later Letters 1849-1873», *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. XV, 1972, pp. 674, 822. AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, cit., p. v.

³⁹ ROSS, Janet, *The Fourth Generation: Reminiscences*, London, Constable & Co., 1912, p. 74.

⁴⁰ MINEKA, F. E. y LINDLEY, D. N. (eds.), «The Later Letters 1849-1873», *Collected Works of John Stuart Mill*, vol. XV, 1972, p. 658.

tagiado entonces de la filosofía reformista de Jeremy Bentham y James Mill, John Stuart estuvo más preocupado por la reforma política y jurídica que por el análisis jurídico-formal⁴¹. Del escrito de James Mill sobre la Jurisprudencia⁴² escribió que apenas si le había interesado «sin duda a causa de su carácter extremadamente general y abstracto, y también porque se refería más a la forma que a la sustancia del *corpus iuris*; más a la lógica que a la ética de la ley. Pero Bentham hablaba de Legislación, de la cual la Jurisprudencia es sólo la parte formal»⁴³.

No obstante, reconoce la necesidad y utilidad de un análisis formal del Derecho. Sólo éste podrá proporcionar al jurista una terminología precisa en la que podrán expresarse las nociones y diferencias que comparte cualquier sistema jurídico y un esquema general de ordenación válido para todo Derecho. Ambos serán, asimismo, la base a partir de la que cualquier legislador podrá construir un sistema particular⁴⁴. Su contribución al esclarecimiento de esa estructura conceptual cuyo dominio es necesario para lograr que el Derecho satisfaga los fines a los que debe aspirar es, según Mill, la gran aportación de la obra austiniana. Los pocos escritos que Mill dedicó al análisis jurídico-formal tienen una importancia doble y demuestran, en último término, que su inicial dedicación al estudio del Derecho no resultó por completo vana⁴⁵: por una parte, subrayan la necesidad de una reflexión sobre las condiciones y posibilidades de la Teoría del Derecho; por otra parte, contribuyen al análisis del concepto de «derecho subjetivo» especialmente contaminado en el discurso ético y político.

2.1 La recensión a las Lectures de Austin: una aproximación al fundamento de una ciencia jurídica

En su extensa recensión de la primera edición de las *Lectures* de Austin⁴⁶ Mill dedica especial atención a esclarecer el sentido y funda-

⁴¹ Algunos autores han insistido en el rechazo de Mill a la racionalidad jurídica formal y su interés por la racionalidad moral (vid. PENDAS, B., *J. Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 195 ss.; NEGRO PAVÓN, D., *Liberalismo y socialismo. La Encrucijada intelectual de Stuart Mill*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, pp. 126 ss.)

⁴² MILL, James, «Jurisprudence», en *Supplement to the Encyclopaedia Británica*, London, 1919-23. Recopilado en *Political Writings*, cit., p. 43-93.

⁴³ MILL, J. S., *Autobiografía*, cit., p. 85.

⁴⁴ MILL, J. S., «Austin's Lectures on Jurisprudence», cit., p. 56 y «Austin on Jurisprudence», *Edinburgh Review*, octubre 1863, en ROBSON, J. M. (ed.), *Collected Works of John Stuart Mill*, cit., vol. XXI, 1984, p. 172.

⁴⁵ En la breve referencia que Mill hace a la recensión de las *Lectures* de Austin en su autobiografía afirma que su publicación póstuma le «dio la oportunidad de pagar el merecido tributo a su memoria, y, al mismo tiempo, de expresar algunas ideas más sobre un tema al que había dedicado mucho estudio durante mis viejos tiempos de benthamismo» (MILL, J. S., *Autobiografía*, cit., p. 255).

⁴⁶ John Stuart Mill desempeñó un papel esencial en la difusión de las ideas de Austin tras su muerte. Su elogiosa y extensa recensión en una relevante publicación

mento de un estudio formal del Derecho. Ya antes había sido Mill quien había resaltado la necesidad de que Austin ofreciera una explicación introductoria más extensa de su concepto de Jurisprudencia general. La misma no fue publicada hasta después de su muerte, como ensayo independiente y también como parte de la primera edición de las Lecciones⁴⁷. Las reflexiones de Mill acerca del fundamento de la Jurisprudencia son una valiosa fuente no sólo de los presupuestos teóricos del análisis de Austin, sino de las propias ideas de Mill, quien parece aceptar aquéllos⁴⁸. La principal debilidad de su interpretación de la obra austiniana reside, no obstante, en su esfuerzo por ofrecer un modelo teórico-científico coherente sin atender a las ambigüedades y tensiones presentes en los escritos del autor.

El objeto de las especulaciones de Austin era, según Mill, «la lógica del Derecho», como algo distinto de su moralidad o conveniencia. «Su propósito era aclarar y definir las nociones que la mente humana se forma inevitablemente y las distinciones que necesita hacer por la mera existencia de un cuerpo cualquiera de Derecho o de un cuerpo de Derecho que tenga en cuenta las circunstancias propias de un estado de sociedad civilizado y complejo»⁴⁹. Un dominio claro y preciso de esas nociones y distinciones es tan importante para la práctica como lo es para la ciencia, pues sólo así el legislador puede llegar a conocer cómo hacer efectivos sus fines y propósitos⁵⁰.

La base para una ciencia jurídica radica, pues, en la existencia de una «estructura orgánica» constituida por una serie de caracteres que todo sistema jurídico, al menos los más evolucionados, comparte. Las nociones y distinciones que constituyen esa estructura jurídica común

«atrajo la atención de lectores serios» (HAMBURGER, Lotte y Joseph, *Troubled Lives*, cit., p. 197) y se convirtió en una lectura obligatoria para los estudiantes de Jurisprudencia (COLLINI, Stefan, «Introducción» a *ESSAYS on Equality, Law and Education*, ROBSON, J. M. (ed.), *Collected Works of John Stuart Mill*, cit., vol. XXI, 1984, p. xlvii). William Markby consideraba que el ensayo de Mill y las *Lectures on the Early History of Institutions* de Maine eran en 1876 las aportaciones más significativas al reconocimiento de las ideas de Austin (MARKBY, W., «Analytical Jurisprudence», *The Law Magazine and Review*, cuarta serie, vol. I, 1876, p. 618).

⁴⁷ AUSTIN, J., *On the Uses of the Study of Jurisprudence*, London, John Murray, 1863 y, posteriormente, publicado en la edición de Sarah Austin las *Lectures on Jurisprudence*, London, John Murray, 1861-1863, vol. III, pp. 349-375, y en las ediciones subsiguientes en el vol. II. Hart lo incluyó en su edición de *The Province of Jurisprudence Determined*, cit. F. González Vicén lo tradujo al castellano en la conocida edición que él prologa (*Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981). En la versión editada del ensayo introductorio hay mucha discrecionalidad por parte de Sarah Austin, como reconoce en la nota introductoria al mismo (AUSTIN, Sarah, Prólogo a «On the Uses of the Study of Jurisprudence», en AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, cit., vol. II, p. 1071). No obstante, Mill reconoce la aportación que supone la inclusión del ensayo en la edición de las Lecciones y lo considera un «escrito instructivo» (MILL, J. S., «Austin on Jurisprudence», cit., p. 169).

⁴⁸ RUMBLE, W. E., *Doing Austin Justice. The Reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth-Century England*, London, Continuum, 2005, pp. 80, 89.

⁴⁹ MILL, J. S., «Austin on Jurisprudence», cit., pp. 168-169.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 169.

no son meras semejanzas entre disposiciones sustantivas, resultado de la común naturaleza humana⁵¹, ni son preexistentes al análisis jurídico, sino que son el resultado de la abstracción y «emergen tan pronto como se mira un cuerpo de leyes como un todo, o se compara una parte del mismo con otra, o se observan las personas y los hechos de la vida, desde un punto de vista jurídico»⁵². Y puesto que existen ciertas combinaciones de hechos y de ideas que todo sistema jurídico debe reconocer y ciertos modos de atender los hechos que son requeridos por todo sistema, la terminología y clasificaciones que son objeto de la ciencia jurídica tienen carácter universal y necesario. Reflejan aquellos atributos que tienen en común los hechos de relevancia jurídica y que son importantes a los fines del Derecho. Son esas semejanzas y diferencias necesarias, que no dependen de la historia accidental de cada sistema jurídico, las que constituyen el fundamento para un análisis científico del Derecho. Su objeto consiste en proporcionar claridad, precisión y consistencia a las concepciones y nociones jurídicas aportando una terminología jurídica en la que pueda ser expresado cualquier sistema de Derecho y, además, proporcionar una ordenación sistemática de la materia jurídica conforme a la que pueda ser distribuido todo Derecho, de modo tal que cualquiera de sus partes resulte perfectamente inteligible y cada una de ellas ayude a la comprensión del resto⁵³.

El carácter universal y necesario de las concepciones y clasificaciones de la Jurisprudencia de Austin contribuyó a generar una interpretación conceptualista de la misma⁵⁴, en cuyo apoyo existen relevantes indicios en las propias *Lecciones*⁵⁵. Pero no es ésta la

⁵¹ Austin, sin embargo, considera objeto de la Jurisprudencia general tanto las nociones y distinciones que son *necesarias* en el sentido de que «no podemos imaginarnos coherentemente un sistema de Derecho... sin pensarlos como partes constitutivas de él» como aquellas que son *generales* en el sentido de que «descansan en razones de utilidad que tienen vigencia para todas las comunidades» (AUSTIN, J., *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, cit., pp. 27, 29). Por ello, algunos intérpretes consideraron insuficiente la versión de Mill y encontraron el fundamento del carácter universal de la Jurisprudencia austiniana en su adhesión al utilitarismo, conforme a la cual las deducciones del principio de utilidad constituían los axiomas en los que se basaban todas las ramas del conocimiento (vid. HOLDSWORTH, W., *Some Makers of English Law*, Cambridge, University Press, 1938, p. 260; BRYCE, J., *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1901, pp. 179-180; y DICEY, A. V. (1905), *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, London, Macmillan and Co., 2.ª ed. 1962, pp. 411-413).

⁵² MILL, J. S., «Austin on Jurisprudence», cit., p. 170.

⁵³ *Ibidem*, p. 172.

⁵⁴ Afirmaciones similares a las contenidas en la recensión de Mill se expresan en los textos de la Jurisprudencia analítica post-austiniana pero sin el sustrato empírico de aquellas. Vid. por ejemplo, HOLLAND, Th. E. (1880), *The Elements of Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 13.ª ed., 1924, pp. 6-8.

⁵⁵ Austin habla de nociones y distinciones necesarias en el sentido de que «no podemos imaginarnos coherentemente un sistema de Derecho... sin pensarlos como partes constitutivas de él» (AUSTIN, J., *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*, cit., p. 27); y considera que el objeto de la ciencia jurídica es «el elemento racio-

naturaleza que Mill atribuye a la Jurisprudencia. Para él ésta es una ciencia empírica que desarrolla los conceptos y clasificaciones a partir de la experiencia jurídica. La Jurisprudencia asume la existencia de las normas jurídicas «como un hecho y trata su naturaleza y propiedades como un naturalista trata cualquier fenómeno natural»⁵⁶. Desde este punto de vista, el fundamento de la Jurisprudencia general, tal y como la concibieron Austin y Mill, se encuentra en el modelo empirista de teoría científica que el segundo defendió para las «ciencias morales»⁵⁷. Ésta ha sido la interpretación de W. L. Morison y de Arduino Agnelli⁵⁸.

Desde una posición nominalista, en la tradición de Hobbes, no es respecto de los universales de los que se afirma su existencia y necesidad sino respecto de la experiencia de lo particular que permite a nuestra inteligencia formar abstracciones. Pero las abstracciones son sólo nombres o términos generales que hacen referencia a entidades individuales. En consecuencia, las definiciones y clasificaciones son operaciones verbales mediante las que se atribuye un nombre o una distribución a una combinación de atributos los cuales, éstos sí, se pueden observar en la realidad⁵⁹.

nal en el Derecho en general» (*ibidem*, pp. 51, 62). Si, como propone la interpretación de Mill que planteo en el texto, Austin no dejó de estar interesado en la crítica moral del Derecho y tenía el propósito de elaborar un Tratado más amplio sobre Derecho, Ética y moral positiva, la estricta separación entre Derecho y moral que preside sus *Lecciones* responde a un propósito meramente intelectual y analítico que no excluye la relevancia del estudio de las múltiples conexiones entre el Derecho y la Moral. Desde este punto de vista, la pretensión de Austin no es describir el funcionamiento real de los sistemas jurídicos sino ofrecer una construcción conceptual que sirviera para comprender de modo coherente cualquier sistema jurídico como sistema autónomo de la moral. En otro lugar, ya dediqué una atención más detenida a esta interpretación de los textos de Austin (*vid.* TURÉGANO, I., *Derecho y moral en John Austin*, *cit.*, pp. 176-216).

⁵⁶ MILL, J. S., «Austin's Lectures on Jurisprudence», *cit.*, p. 55.

⁵⁷ MILL, J. S., *A System of Logic, Rationative and Inductive, Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, en ROBSON, J. B. (ed.), *Collected Works of John Stuart Mill*, *cit.*, vols. VII y VIII, 1973, 1974. Hay traducciones parciales al castellano de Eduardo Ovejero y Maury (*Sistema de lógica inductiva y deductiva*, Madrid, Daniel Jorro, 1917); de Rafael Beneyto («De los cuatro métodos de la indagación experimental», *Cuadernos Teorema*, Serie Filosofía de la Ciencia, núm. 22, Universidad de Valencia, 1980) y de E. Guisán (Libro VI, capítulo XII, en MILL, J. S., *El utilitarismo*, Madrid, Alianza, 1984).

⁵⁸ MORISON, W. L., *John Austin*, *cit.*, pp. 55-60; AGNELLI, A., *John Austin, alle origini del positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1959, p. 264. En el examen más detenido que Austin dedica a la lógica hace referencia y elogia la investigación que Mill está preparando sobre esta cuestión (AUSTIN, J., «Excursus on Analogy», *Lectures on Jurisprudence*, *cit.*, p. 1013).

⁵⁹ La posición de Austin acerca de la función del lenguaje y las definiciones no resulta clara. Por una parte afirma que el lenguaje organiza la realidad en las proposiciones de la lógica tradicional y produce afirmaciones generales que son verdaderas respecto de todos los particulares que observamos (AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, *cit.*, vol. I, pp. 115-116). Y son varias las ocasiones en que se refiere a las definiciones como cuestiones estipulativas o de pura conveniencia (*ibidem*, pp. 86, 87, 169, 171-172, 352). Pero, por otra parte, son también muchas las ocasiones en que

Las nociones y clasificaciones comunes objeto de la Jurisprudencia general son elaboradas a partir de las analogías que presenta la experiencia jurídica. Por tanto, la afirmación del carácter necesario de esas nociones y distinciones deriva del presupuesto de la existencia de «regularidades de coexistencia», en la terminología de Mill, que expresan propiedades comunes a toda experiencia jurídica⁶⁰. Por ello, el autor puede afirmar que, puesto que las concepciones y distinciones jurídicas «deben (*must*) existir en todos los cuerpos de Derecho, bien de forma explícita o latente, podrían, en rigor desprenderse de cualquiera de ellos», con lo que bastaría el análisis de uno de ellos para conocer la estructura orgánica del resto»⁶¹. Son las analogías entre los hechos de los que se ocupa el Derecho las que permiten al jurista elaborar una terminología y una ordenación sistemática con pretensiones de universalidad.

En el espíritu del ensayo de John Stuart Mill late una concepción de la ciencia jurídica muy similar a la que se había desarrollado en la literatura alemana, de modo que desde los postulados de la filosofía empirista inglesa se llega a un modelo de Jurisprudencia muy similar al que la Escuela histórica y, más tarde, el conceptualismo elaboraron desde presupuestos científicos e ideológicos muy alejados de aquél. Sus refe-

hace depender la generalidad del lenguaje de la existencia de una «esencia» o «naturaleza real» que convierte a las definiciones en la expresión del significado «propio» o «verdadero» que expresa aquella esencia (*ibidem*, pp., entre otras muchas, 11-12, 20-21, 80, 81, 393). *Vid.* en este último sentido, BARBERIS, M., «Universal Legal Concepts? A Criticism of «General» Legal Theory», *Ratio Iuris*, vol. 9, núm. 1, 1996, p. 5; WILLIAMS, G., «The Controversy Concerning the Word «Law»» en LASLETT, P. (ed.), *Philosophy, Politics and Society*, Oxford, Basil Blackwell, 1970.

⁶⁰ Conforme a la lógica empirista de Mill, la única argumentación que nos aporta un conocimiento nuevo es la que se basa en generalizaciones a partir de la experiencia. Pero si son los procedimientos inductivos los que nos permiten descubrir nuevas verdades es porque los enunciados generales que nos proporciona contienen más de lo que había en la experiencia de la que se extraen. El status lógico de los enunciados universales no se justifica sólo en el modo de inferencia sino en la creencia en la uniformidad y regularidad de los acontecimientos en general. «Hay un principio implicado en el enunciado mismo de lo que es la inducción, una suposición relativa al curso de la naturaleza y al orden del universo, a saber, que hay en la naturaleza casos paralelos, que lo que sucede una vez sucederá otra vez bajo un grado suficiente de similitud de circunstancias, y no sólo otra vez, sino tan a menudo como las mismas circunstancias se repitan» (MILL, J. S., *A System of Logic*, *cit.*, p. 306). En relación con las acciones humanas y los acontecimientos políticos y económicos, sin embargo, las generalizaciones sólo pueden ser aproximadas debido a la complejidad de su objeto (*ibidem*, p. 177). Es de sobra conocida la crítica del empirismo de Hume, el neoempirismo o Karl Popper a la falta de fundamento lógico de la inferencia inductiva (*Vid.* HUME, D., *A Treatise of Human Nature*, London, ed. John Noon, 1739-1740 –trad. cast. de Félix Duque, *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid, Tecnos, 1988, libro I, part. III, sec. VI; HEMPEL, C., *Filosofía de la ciencia natural*, Madrid, Alianza, 1973; REICHENBACH, H., *The Rise of Scientific Philosophy*, Berkeley, 1951; CARNAP, R., *The Logical Foundations of the Unity of Science*, en Neurath, O. y Carnal, R. (eds.), *International Encyclopedia of Unified Science*, Chicago, 1955; POPPER, K. R., *Conocimiento objetivo*, Madrid, Tecnos, 2.ª ed. 1982 y *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1962).

⁶¹ MILL, J. S., «Austin on Jurisprudence», *cit.*, p. 170.

rencias a los hechos sobre los que versa el Derecho, su afirmación de una «estructura orgánica», su reconocimiento de la contribución de los juristas privados a la sistematización del Derecho, su apelación al método geométrico, su concepción del objeto de la Jurisprudencia como análisis lógico, construcción conceptual y clasificación⁶² recuerdan en mucho a una visión formalista de la ciencia jurídica, rastreadora de esencias y realidades que encorsetan la experiencia jurídica. Por ello, debe subrayarse la insistencia con la que Mill afirma que el análisis conceptual ha de estar al servicio de la reforma legislativa y que ésta fue siempre la intención de Austin. Tanto de él como de Maine afirma que si bien se dedicaron fundamentalmente al estudio del derecho *que es* y no del derecho *que debe ser* al hacerlo tuvieron siempre la intención declarada de facilitar su mejora⁶³.

2.2 Análisis jurídico-formal del concepto de derecho

La principal aportación de Mill al esclarecimiento y determinación de los conceptos jurídicos es su análisis del concepto de «derecho subjetivo». Conforme a la lógica empirista que preside su pensamiento, la terminología jurídica la entiende referida a hechos que interpreta como estados de consciencia -pensamientos, sentimientos o deseos de los agentes-. La noción de derecho hace referencia a cierto estado mental: la idea de algo beneficioso respecto de la que existe un sentimiento de que debe ser protegido o garantizado por la sociedad. Mill afirma haber tratado siempre la idea de derecho «como algo que reside en la persona perjudicada y violada por el perjuicio, no como un elemento separable en la composición de la idea y el sentimiento, sino como una de las formas en las que ambos elementos se encubren. Dichos elementos consisten en el daño causado a alguna o algunas personas determinadas, por una parte, una exigencia de castigo, por la otra. Si examinamos nuestro estado mental, creo que mostraremos que estas dos cosas incluyen todo cuanto significamos cuando hablamos de la violación de un derecho. Cuando decimos que algo constituye el derecho de una persona, queremos decir que puede exigir, con razón, de la sociedad que le proteja para su disfrute...»⁶⁴.

Pero el derecho existe con independencia de sus garantías y del ámbito de validez de éstas. En su crítica al concepto estrictamente positivista de derecho que defendió otro de los alumnos de Austin, Mill denuncia la ambigüedad que supone confundir un derecho con el derecho a hacerlo efectivo resistiendo o castigando su violación⁶⁵. Y

⁶² *Ibidem*, pp. 168, 169, 170, 171, 175, 183-184.

⁶³ *Ibidem*, p. 169. Austin afirma que aunque la ciencia de la Legislación no es la ciencia de la Jurisprudencia, ambas «están conectadas por vínculos numerosos e indisolubles» (AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, cit., p. 83).

⁶⁴ MILL, J. S., *El utilitarismo*, trad. de E. Guisán, Madrid, Alianza, 1984, p. 117.

⁶⁵ El alumno era George Cornwall Lewis quien tras haber asistido al primer curso que Austin impartió en la Universidad de Londres, fue designado junto a él

ello implicaba dos cosas: por una parte, que el término derecho puede ser empleado adecuadamente en un contexto no jurídico, considerándolo no como una mera pretensión que puede ser reclamada ante los Tribunales sino como una pretensión fundada en consideraciones de justicia, lo que implicaba el reconocimiento de «derechos morales» de los que me ocupo en el siguiente apartado. Y, por otra parte, que la definición de los derechos legales como correlatos de obligaciones instituidas mediante normas coactivas es una definición insuficiente de esta clase de derechos. Ni siquiera los derechos legales pueden ser reducidos a los deberes y las acciones procesales.

Mill toma de Austin la pretensión de precisar el significado jurídico de la noción de derecho, al margen de su evidente significado moral. Sin embargo, Austin subraya como atributo definitorio de este concepto jurídico el de la protección que proporciona el ordenamiento jurídico para asegurar el cumplimiento del deber correlativo, mientras que Mill considera que este planteamiento es insuficiente y que es necesario añadir un elemento adicional.

Austin considera que muy poco puede afirmarse de los derechos en abstracto o, en la interpretación de Mill, que los derechos tienen muy pocas propiedades en común. Hay que descender a las diversas especies o clases de derechos para apreciar su naturaleza y finalidad. Con carácter general, en la construcción austiniana todo derecho en sentido jurídico implica que el soberano ha emitido un mandato que obliga a las personas en general o a personas particulares a hacer u omitir ciertos actos respecto de una persona determinada⁶⁶. Las expresiones derecho y deber relativo expresan una misma noción aunque considerada desde perspectivas distintas. Sin embargo, si bien es posible hablar de deberes absolutos que no se correlacionan con ningún derecho (los deberes hacia uno mismo, los deberes hacia el soberano y los deberes que no son respecto de personas), no se puede hablar de derechos absolutos ni de normas que meramente creen derechos. «Toda norma jurídica que confiera un derecho impone expresa o tácitamente un deber relativo o un deber correlativo al derecho. Si especifica el remedio que se otorgará en caso de que se infrinja el derecho, impone el deber relativo expresamente. Si no especifica el remedio, se refiere tácitamente a una norma jurídica pre-existente y recubre el derecho que se propone crear con un remedio que confería aquella norma. Por ello, cualquier norma que confiera un derecho es imperativa: tan imperativa como si su único propósito fuera la creación de un

Comisario Real para Malta con el fin de elaborar propuestas de las reformas administrativas necesarias del gobierno colonial que fueran compatibles con la peculiar situación estratégica de la isla. En 1832 publicó un escrito titulado *Use and Abuse of Political Terms*, London, Fellowes. Mill recensionó la obra en «Remarks on the Use and Abuse of Political Terms», *Tait's Edinburgh Magazine*, I, mayo 1832 (en ROBSON, J. M. (ed), *Collected Works of John Stuart Mill, cit.*, vol. XVIII, 1977, pp. 3-13).

⁶⁶ AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence, cit.*, vol. I, p. 395

deber o como si el deber relativo que inevitablemente impone fuera meramente absoluto»⁶⁷.

Puesto que todo derecho se adquiere mediante el poder de la persona o grupo que tiene la capacidad de hacerlo efectivo, el soberano no puede ser titular de derechos. «Un gobierno soberano no puede adquirir derechos mediante normas jurídicas impuestas por sí mismo para sus propios súbditos... Cualquiera que sea titular de un derecho (divino, legal o moral) lo ha adquirido necesariamente mediante el poder de otro, es decir, mediante una norma o deber (propio o impropio) establecido por esa otra parte sobre un tercero. En consecuencia, si un gobierno soberano tuviera derechos legales frente a sus propios súbditos, éstos serían la creación de normas jurídicas dirigidas a sus propios súbditos por un tercero. Y, puesto que toda norma jurídica se establece por un gobierno soberano sobre una persona o personas en estado de sujeción al mismo, esa tercera persona o cuerpo sería soberano en esa comunidad cuyo propio soberano es titular de derechos legales; es decir, la comunidad estaría sometida a su propio soberano y a otro soberano que confiere los derechos sobre el suyo, lo cual es imposible y absurdo»⁶⁸.

Mill considera que la definición de derecho de Austin no se corresponde con el significado con que el término es empleado usualmente. «No satisface la concepción que está en la mente de todos acerca del significado de la palabra derecho». Cuando se emplea ésta se supone que aquéllo a lo que se tiene derecho es algo deseable y que la persona que posee el derecho es la persona especialmente interesada en el cumplimiento del deber correlativo⁶⁹. Ello no implica necesariamente

⁶⁷ *Ibidem*, p. 100. Esta concepción del derecho deriva, a su vez, de su concepción de la necesaria conexión lógica entre el deber y la sanción. Para Austin, las nociones de mandato, deber y sanción hacen referencia a un único concepto al que cada una denota de modo diferente (*ibidem*, pp. 91-92). De esta forma, los derechos y deberes están contenidos implícitamente en las normas que regulan la sanción (*ibidem*, p. 767). Austin considera que la parte imperativa y la parte punitiva no son dos normas jurídicas distintas, como las concibió Bentham, sino dos ramas de una misma norma que se correlacionan mutuamente. Por ello afirma que «no tengo ningún derecho con independencia de la prescripción o prohibición que declara que cierto acto u omisión sería una violación de mi derecho; tampoco sería una violación de mi derecho el acto u omisión a menos que mi derecho y el deber correlativo estuvieran respaldados con una sanción, penal o civil. En sentido estricto, mis propios términos, «derechos y deberes primarios y secundarios» no representan una distinción lógica. Puesto que un derecho o deber primario no es en sí mismo un derecho o deber sin el derecho o deber secundario que le respalda, y *viceversa*» (*ibidem*, pp. 767-768).

⁶⁸ *Ibidem*, p. 284.

⁶⁹ En *On Liberty* habla de los derechos como intereses. Ahí afirma que la vida en sociedad conlleva que cada individuo se obligue a observar cierta línea de conducta respecto de los demás. «Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos» (MILL, J. S., *Sobre la libertad*, trad. de Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza, 1970, p. 153). En este sentido, Lyons interpreta su concepción de los derechos en la línea de las teorías del interés (*vid.* LYONS, D., «Rights, Claimants and Beneficiaries», en LYONS, D. (ed.), *Rights*, Belmont, Wadsworth, 1979).

que el derecho se establezca para su provecho particular, sino que se le puede otorgar por esa razón o porque es necesario para el cumplimiento de sus propios deberes. Entendido así también como deseable lo que es exigido para el cumplimiento de nuestros deberes, la definición de derecho cubre el supuesto de los derechos fiduciarios y de los derechos de funcionarios públicos no otorgados para el beneficio propio y que, por ello, Austin consideraba excepciones a la definición del derecho a partir de la idea de beneficio⁷⁰. En este sentido, la noción de derecho se caracteriza en virtud de su propósito o finalidad, que consiste en el logro de un beneficio para la persona a la que se confiere el derecho.

Mill cita algunos ejemplos de supuestos que se corresponden con la definición de derecho de Austin pero que considera que no deben ser incluidos en este concepto. Así, por ejemplo, el caso del deber de un funcionario de prisiones de mantener confinados a los internos se correspondería con la definición de Austin: existe un deber que debe ser realizado respecto de una persona o personas determinadas. Sin embargo, no podría hablarse de un derecho correlativo que resida en esas personas ni de que su derecho sería violado si fueran dejadas en libertad. Lo mismo podría decirse respecto del sujeto al que legalmente le debe ser impuesta una pena capital. Por otra parte, Mill señala que la idea compartida por muchos estudiosos de que muchas obligaciones existen como garantía de los derechos correlativos implica que hay más en la idea de derecho que una obligación respecto de una persona determinada, «puesto que una obligación no puede existir meramente para que pueda haber una persona respecto de la que existir»⁷¹. Desde este punto de vista, el derecho no es, como en la teoría de Austin, un mero correlato lógico del deber sino el fundamento de éste, y ello implica que el derecho no es reducible al deber⁷².

La diferente concepción jurídica de la noción de derecho deriva en ambos autores de una diferente concepción de lo que es un derecho en general y del papel que éste desempeña en la teoría política y moral. Mientras que para Austin la característica que define todo derecho y que lo diferencia de otras relaciones normativas es que tiene su origen y viene respaldado por una norma o deber establecido por quien tiene poder para ello y se dirige a un tercero, para Mill lo peculiar del derecho es que su atribución a un sujeto o sujetos resulta deseable o conveniente y su violación supone un daño. En Austin, el elemento del beneficio no está ausente, como reconoce el propio Mill, puesto que considera que la persona que tiene el derecho es aquella de la que se espera que se beneficie de la imposición del deber y reconoce que es un

⁷⁰ MILL, J. S., «Austin on Jurisprudence», *cit.*, pp. 179-180.

⁷¹ *Ibidem*, p. 180.

⁷² Del mismo modo, tampoco existe una relación lógica necesaria entre los conceptos de deber y derecho y el de sanción. La exigencia legítima en que consiste el derecho es previa e independiente de las formas para su protección.

absurdo hablar de un derecho en relación con una carga⁷³. Pero considera que lo que se denota directamente cuando se habla de un derecho es la seguridad o protección para disfrutar un cierto privilegio⁷⁴.

Por su parte, el tratamiento unitario que Mill hace del concepto de derecho le sirve para caracterizar la justicia frente a la mera beneficencia: la justicia es aquella parte de la moralidad cuyo contenido son derechos y deberes. Y el Derecho es el que propicia el avance de la justicia en las relaciones sociales y políticas⁷⁵. Así definido, el derecho se convierte en exigencia por parte de uno o más individuos no ya sólo frente a individuos particulares sino también frente al propio poder del que emanan las normas, puesto que el carácter normativo de la justicia es independiente de su origen en una autoridad dada.

Un concepto de derecho basado en el deber y la prescripción de sanciones implica una visión de la normatividad centrada en una autoridad externa y en su capacidad para ordenar los comportamientos sociales. Por el contrario, un concepto de derecho basado en el interés y el beneficio de los individuos supone una concepción instrumental de las normas como medios para la realización efectiva de la autonomía individual.

3. ENTRE LA UTILIDAD Y LOS DERECHOS

Es evidente que en el análisis de la noción de derecho de Mill las cuestiones analíticas aparecen íntimamente relacionadas con las cuestiones normativas. La definición del concepto se entremezcla con su fundamentación, es decir, con las razones para la afirmación o reconocimiento de derechos. El derecho consiste en una exigencia por parte de uno o varios individuos que tiene que estar basada en una razón suficiente⁷⁶. En las reiteradamente citadas palabras de Mill, «si una persona puede exigir con razón suficiente en base a lo que sea, que la sociedad le garantice algo, decimos que tiene derecho a ello. Si deseamos demostrar que algo no le pertenece por derecho a una persona, consideramos que queda demostrado tan pronto se admita que la sociedad no tenía que tomar medidas para asegurárselo, sino que había que dejarle a merced del azar o de sus propios esfuerzos»⁷⁷.

Lo característico de todo derecho es esa común exigencia legítima, negativa o positiva, con independencia de las distintas formas de protección. Y puesto que la razón que la convierte en legítima es de naturaleza moral, todo derecho tiene un fundamento moral, el cual no lo

⁷³ AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, cit., p. 395.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 356.

⁷⁵ Carta a David Urquhart, 4 de octubre de 1866, citada en GARCÍA AÑÓN, J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, cit., p. 332.

⁷⁶ GARCÍA AÑÓN, J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, cit., p. 352.

⁷⁷ MILL, J. S., *El utilitarismo*, cit., p. 117.

concibe como prescripción de la autoridad sino como lo conveniente o deseable. Este concepto genérico de derecho, válido también para los derechos legales, no es, por tanto, un concepto iuspositivista. En este aspecto, el pensamiento de Mill rescata el concepto de derecho para el discurso moral después de la crítica demoledora que llevó a cabo Jeremy Bentham.

Para este último existían argumentos tanto de carácter conceptual como moral y político en contra de la posibilidad de hablar de derechos al margen del ordenamiento jurídico. Los primeros hacen referencia a la necesidad de traducir las oraciones que contienen el término «derecho», que es un término ficticio, en oraciones relativas a mandatos y deberes. Hablar de derechos no jurídicos supone reconocer la existencia de una supuesta ley inexistente⁷⁸. Los argumentos morales y políticos hacían referencia a las perniciosas consecuencias anárquicas de las doctrinas de los derechos humanos⁷⁹. Bentham podía haber hecho extensivo su concepto de derecho al ámbito moral, de modo coherente con su empirismo y su concepción ética, si hubiera considerado que las exigencias que emanaban del principio de utilidad constituían en sí mismas obligaciones, pero no las consideró como tales al no estar vinculadas a sanciones⁸⁰. Reconoció que las teorías que asumían la existencia de derechos al margen del Derecho expresaban una cierta exigencia fundada. Hablar de derechos naturales, afirmaba, puede entenderse como un medio oscuro para decir que los hombres deberían tener ciertos derechos jurídicos⁸¹. Pero Bentham consideraba confuso y perjudicial el uso del término derecho, la alusión a principios inamovibles e innegociables que se presentan como fundados *ab initio*. Y lo rechaza incluso como instrumento de control al uso arbitrario del poder político, para lo que prefirió hablar de *securities*, garantías, inmunidades, más que propiamente de derechos, de seguridades más que propiamente de libertades⁸².

Tras las críticas benthamianas, hablar de derechos morales en el contexto analítico de la filosofía utilitarista exigía el doble reto de fun-

⁷⁸ BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, BURNS, J. H. y HART H. L. A. (eds.), *The Collected Works of Jeremy Bentham*, University of London, The Athlone Press, 1970, nota e2, p. 206.

⁷⁹ BENTHAM, J., «Anarchical Fallacies», en BOWRING, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh, William Tait, 1838-1843, vol. II, pp. 489-534. Publicados más recientemente con su título original, *Nonsense upon Stilts*, en SCHOFIELD, P., PEASE-WATKIN, C. y BLAMIRE, C. (eds.), *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford, 2002, pp. 317 ss.

⁸⁰ HART, H. L. A., «Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill», trad. de J. R. de Páramo, *Anuario de derechos humanos*, núm. 3, 1985, pp. 143-146.

⁸¹ BENTHAM, J., «Pannomial Fragments» en BOWRING, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, cit., vol. III, p. 218. En otro lugar afirma que «las razones para desear que un derecho determinado sea establecido no se identifican con ese derecho —la carencia no es la provisión—, el hambre no es el pan» (BENTHAM, J., «Anarchical Fallacies», cit., p. 501).

⁸² BENTHAM, J., «Securities against Misrule», BOWRING, J. (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, cit., vol. VIII, pp. 555-600.

damentar la coherencia de unos principios dados con tesis consecuencialistas y de hallar las razones empíricas y no metafísicas que respaldaran la afirmación de los derechos. En esa tarea se embarcaron tanto Austin como Mill, aunque con intenciones y resultados diferentes.

De su noción de moral positiva y de su concepción del utilitarismo, Austin extrajo algunas consecuencias que constituyen la base para una cierta explicación utilitarista y convencionalista de los derechos morales y que fue el punto de inflexión del pensamiento británico positivista sobre los derechos no jurídicos⁸³. A diferencia de Bentham, Austin atribuye carácter normativo a las exigencias derivadas del principio de utilidad. Para Bentham, las leyes morales son meras leyes científicas, resultado de la observación de los efectos de las acciones, y, en cuanto no provienen de ninguna voluntad normativa, no son obligatorias. Es la reforma político-jurídica la que ha de transformar las exigencias de la utilidad en auténticas normas de conducta. En Austin, sin embargo, las leyes morales son propiamente normas en cuanto que son manifestación de una voluntad, la voluntad divina⁸⁴. Emplea un concepto amplio de norma como voluntad de un ser u órgano supremo que se impone desde fuera al individuo mediante la amenaza de sanciones. La moral comparte con el Derecho su carácter heterónomo y vinculante, no siendo necesaria la reforma política para transformar los dictados de la utilidad en normas. Agnelli insistió en esta afinidad entre

⁸³ Como señala el traductor de la edición española de *The Province*, aunque la expresión «derechos jurídicos» o «derechos legales» pueda parecer redundante y no sonar demasiado bien su empleo se justifica en este contexto en el que se diferencian de los «derechos morales» (DE PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., «John Austin, un jurista desolado», estudio preliminar a su traducción de AUSTIN, J., *El objeto de la Jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. xxxviii).

⁸⁴ Austin defendió una versión teológica del utilitarismo conforme a la que el principio de utilidad es un índice racional para conocer las normas emanadas de la divinidad. «Dios desea la felicidad de todas sus criaturas. Algunas acciones humanas promueven ese propósito benevolente, o sus tendencias son beneficiosas o útiles. Otras acciones humanas son desfavorables para ese propósito, o sus tendencias son dañinas o perniciosas. Las primeras, en la medida en que promueven su propósito, han sido ordenadas por Dios. Las últimas, en cuanto adversas para su propósito, han sido prohibidas por Dios» (AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, cit., vol. I, p. 106). Esta concepción instrumental del principio de utilidad se encuentra ya en Paley (PALEY, W., *The Principles of Moral and Political Philosophy*, en *The Works of William Paley*, London, F. C. and J. Rivington, 1821), a quien Austin se refiere expresamente en sus lecciones (*Lectures on Jurisprudence*, cit., pp. 135-136). Algún autor ha señalado que Austin emplea su concepto de ley divina para evitar una ofensa a las creencias religiosas convencionales (RUMBLE, W. E., «Nineteenth-Century Perceptions of John Austin: Utilitarianism and the Reviews of *The Province of Jurisprudence Determined*», *Utilitas*, vol. 3, 1991, pp. 213-215; BARBERIS, M., Introducción a Austin, J., *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, trad. al italiano de G. Gjylapian, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 15) e incluso puede pensarse que se trata de un mero expediente formal para adecuar las exigencias morales a su concepto unitario de norma. En este sentido, sus aspiraciones a una investigación empírica de la moral no se verían seriamente afectadas por un expreso objetivismo ético y estarían más en la línea milleana de las relaciones entre el cálculo racional y el sentimiento moral (vid. AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, cit., pp. 116-117).

la ética y los sistemas de Derecho en el pensamiento de Austin: tanto la teoría ética como la jurídica sitúan en el centro del razonamiento práctico el concepto de norma como imposición externa reforzada por sanciones que proporciona certeza a la acción del individuo⁸⁵.

Esta unidad normativa permite la afirmación de derechos morales. Se puede hablar de derecho en sentido propio no sólo en relación con los derechos que existen como correlato de los deberes impuestos por el Derecho sino también en relación con los derechos correlativos a los deberes impuestos por la ley divina y conocida mediante el índice de la utilidad. Los derechos morales no son, pues, consecuencia inmediata de las exigencias de justicia emanadas del principio de utilidad, sino que derivan inmediatamente de una norma y es ésta la que permite hablar racionalmente de justicia. Puesto que, para Austin, lo justo es lo que se conforma a una norma, se considera justa la conducta que hace efectivo un derecho porque éste está reconocido en una norma. La noción básica para definir tanto la justicia como los derechos es la de norma o ley. Al margen de ésta no existen derechos ni se puede hablar racionalmente de justicia⁸⁶.

Puesto que los derechos que vienen conferidos por la ley divina son aquéllos que resultan generalmente útiles, Austin no cree posible hablar de derechos que se opongan a la conveniencia o, dicho de otro modo, no cree que se pueda afirmar la existencia de un derecho con independencia del bien que pueda producir⁸⁷. Por ello, critica el empleo de la terminología de los «derechos naturales» que son «abstracciones sin significado» o «ficciones sin sentido», frases vacías que no generan sino una «guerra de palabras»⁸⁸. Quienes en defensa de sus acciones y decisiones oponían el derecho a la conveniencia, oponían el derecho «al único criterio por el que era posible determinar su propia realidad»⁸⁹.

El legislador está obligado por la ley divina tal y como se conoce mediante el principio de utilidad a hacer avanzar lo máximo posible el bienestar general de su comunidad⁹⁰. Determinar cuál sea la actuación del Estado que satisfaga efectivamente este objetivo vago y abstracto requiere la existencia de una opinión pública uniforme acerca de los fines subordinados que sirven como medios para la consecución del fin supremo. De este modo, a aquella parte de la moralidad positiva que consiste en normas en sentido impropio impuestas por la opinión general de los miembros de la comunidad política es a la que corresponde definir los fines subordinados o instrumentales mediante los que el soberano ha de realizar el fin último. La eficacia de las obliga-

⁸⁵ AGNELLI, A., *John Austin, alle origini del positivismo giuridico*, cit.

⁸⁶ AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence*, cit., pp. 218, 285 nota.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 121, 287.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 119-121. También en AUSTIN, J., *A Plea for the Constitution*, cit., pp. 39, 40-41.

⁸⁹ *Lectures on Jurisprudence*, cit., p. 287.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 300.

ciones morales impuestas sobre el soberano depende, así, de la uniformidad y precisión con la que los fines subordinados sean concebidos y de la claridad con la que sean comprendidos por los individuos de la comunidad⁹¹. En este sentido, una opinión pública ilustrada es, según Austin, la mejor de las garantías frente al uso arbitrario del poder político⁹².

Y entre esos fines subordinados se encuentra el de conferir a los miembros de la comunidad política aquellos derechos que recomiende la utilidad general e imponer los deberes correlativos necesarios para su disfrute. No es éste un fin supremo sino meramente instrumental⁹³. Por ello, el que requiera o no la intervención del legislador, reforzándolos con los correspondientes deberes y sanciones jurídicos, depende de lo que determine la propia moral positiva. Aunque Austin señala que la tendencia beneficiosa o perjudicial de cierta clase de actos «reclama la intervención de un legislador»⁹⁴, no cree que éste deba prestar la sanción jurídica a todas las clases de actos que son útiles o perjudiciales. «Distinguir los actos y omisiones que deben ser objeto del Derecho respecto de aquéllos que deben ser abandonados al conocimiento exclusivo de la moralidad es, quizá, el más difícil de los problemas que presenta la ciencia ética»⁹⁵.

Y aunque reconoce que existen normas jurídicas que son prácticamente universales porque «descansan en razones de utilidad que son obvias y comunes a todas las sociedades»⁹⁶ y habla de «necesidades que ejercen presión sobre toda la raza humana», frente a las necesidades propias de una comunidad particular⁹⁷, ello no supone que funde los derechos morales en un tipo de intereses básicos o primarios. Por una parte, las reglas que reconocen derechos y son universales porque responden a necesidades comunes a toda la humanidad no presuponen su carácter más básico respecto de las normas más particulares⁹⁸. Por otra parte, cualquier clase de acciones que tienda al bien común es moralmente obligatoria y supone un derecho correlativo. Los derechos divinos no tienen por objeto las necesidades más básicas y esenciales para la dignidad del ser humano sino cualquier necesidad que

⁹¹ *Ibidem*, pp. 309-310.

⁹² *Ibidem*, pp. 314-315.

⁹³ *Ibidem*, pp. 292-293 nota w.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 114.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 199 nota.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 485, 567-568.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 571.

⁹⁸ La utilidad puede mostrar la necesidad tanto de reglas universales como de reglas particulares de una comunidad política. Austin pone el ejemplo de las normas que regulan la distribución de agua en los climas áridos, o las que se ocupan de la construcción y preservación de terraplenes en países expuestos a inundaciones, las cuales no son menos útiles que las que se ocupan de necesidades humanas universales. Del mismo modo, algunas de las normas que son exclusivas de comunidades políticas y que no existirían en una comunidad natural, como por ejemplo las que establecen impuestos necesarios para el mantenimiento del Estado, no son menos útiles que las que protegen la vida o la propiedad (*ibidem*, 571-572).

exija la utilidad general, no habiendo un criterio previo y determinado que permita diferenciar los derechos que son pretensiones de protección jurídica de los que no lo son. De ahí la importancia de la moralidad positiva como concreción o determinación de los derechos exigibles frente al soberano.

Las convenciones sociales coercitivas dan lugar a derechos no jurídicos que son producto de una acción humana voluntaria, si bien se trata de derechos entendidos en un sentido impropio, al no emanar de un superior determinado y estar reforzados sólo mediante la sanción difusa de la posible resistencia. Pero, además las convenciones sociales contribuyen a precisar el alcance de los derechos morales propiamente así llamados, en la medida en que definen los deberes instrumentales para la consecución del fin supremo del bienestar general. De este modo, el contenido de los derechos morales tiene un carácter histórico o contingente, dependiente de su concreción en convenciones concretas. Pero esa moral convencional aspira a reflejar un deber ser en cuanto que ha de inspirarse en el diseño imparcial de los pensadores ilustrados. Austin vincula el concepto convencional de los derechos a una concepción antiilustrada de la autoridad moral, con lo que su teoría resulta claramente conservadora, alejada de la construcción liberal de defensa de la autonomía individual de Mill.

Para ambos lo que permite fundar moralmente derechos a partir de una ética consecuencialista es una estrategia indirecta para la consecución de los fines morales últimos basada en la existencia de reglas morales. Diferencian lo que es conveniente o deseable en un caso particular de lo que es moralmente correcto: la corrección moral de un acto individual depende de su conformidad con una regla diseñada a partir del principio de utilidad. Pero Austin funda la necesidad de reglas morales en la falibilidad humana individual y la utilidad de normas abstractas que, elaboradas por una élite intelectual, orienten la racionalidad práctica del individuo⁹⁹. Debido tanto a la complejidad de la ciencia ética como a la falta de la capacidad y el tiempo necesarios para estimar racionalmente la tendencia de todas las clases de acciones, el individuo ha de confiar en la autoridad que se funda en el acuerdo unánime de investigadores tenaces e imparciales. Austin concibe la ciencia ética, como señaló Agnelli, como cognoscitiva y normativa al mismo tiempo, cuerpo de conocimiento y de autoridad que satisface la necesidad de certeza humana¹⁰⁰. La confianza en la autoridad no es del todo irracional pues descansa en la fundamentación científica e imparcial de la investigación en ética y en la educación progresiva de todos en los principios básicos de la ciencia ética. Pero dado el estado incompleto e indeterminado del sistema diseñado en su época por la ciencia ética, copia parcial e imprecisa del perfecto sistema derivado de los deseos

⁹⁹ Acerca de la noción de autoridad moral en Austin y, en general, sobre su versión del utilitarismo, me remito a lo ya escrito en TURÉGANO, I., *Derecho y moral en John Austin*, cit., pp. 444-461.

¹⁰⁰ AGNELLI, A., *John Austin, alle origini del positivismo giuridico*, cit., p. 94.

benevolentes de la divinidad al que aspira a alcanzar, el reconocimiento de la incapacidad de la mayoría para adoptar decisiones correctas y el respaldo de las decisiones de la élite moral en los mandatos divinos, hacen de su concepción de la autoridad una fundamentación del autoritarismo político. El refuerzo de la confianza en la autoridad en detrimento de la reflexión individual está vinculado a su rechazo de la democracia y su desconfianza en la capacidad del individuo para desarrollar autónomamente una racionalidad práctica.

También en el pensamiento de Mill las reglas morales son imperfectas y modificables -cuando se produce un cambio en el contexto en que se producen- pero considera importante su respeto en virtud de los sentimientos morales de adhesión a nuestros semejantes. El incumplimiento de las reglas vulneraría la confianza de los demás y generaría una inseguridad que haría imposible la cohesión social¹⁰¹. Especial relevancia práctica tienen las reglas de justicia para satisfacer los intereses primarios de los individuos. Y es precisamente de estas reglas de justicia de las que constituyen el contenido los derechos morales.

Los derechos cumplen un papel esencial respecto de la idea de justicia en la medida en que racionalizan y convierten en morales los sentimientos instintivos de resarcimiento o venganza, de castigo a la persona que ha hecho daño. Este sentimiento se *moraliza* cuando se subordina a las simpatías sociales, es decir, cuando no atiende directamente a su propio beneficio sino a aquél que interesa tanto a la sociedad como a él mismo; y es en este sentido en el que forma parte de la idea de justicia. La justicia no se reduce, pues, a puro cálculo racional sino que penetran en ella las ideas de sentimientos, deseos, etc. La justicia supone tres elementos: una regla de conducta encaminada al bien colectivo, un sentimiento o deseo de que los que incumplan la regla sean castigados y la idea de una persona determinada que resulta perjudicada con el incumplimiento de la regla a causa de que sus derechos son violados¹⁰².

El fundamento último de la justicia y, por tanto, de los derechos, es la utilidad. Pero, a diferencia de Austin que deja indeterminado el vago y abstracto principio utilitario como expresión del fin supremo, Mill concreta y precisa en el nivel teórico su contenido, delimitando, primero, el ámbito de lo moralmente obligatorio respecto de lo meramente conveniente y, después, la acción justa de la moralmente correcta. Los principios subordinados definen el terreno de la justicia en el vasto ámbito del principio general de utilidad¹⁰³. La especial intensi-

¹⁰¹ GARCÍA AÑÓN, J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, cit., pp. 125-126.

¹⁰² MILL, J. S., *El utilitarismo*, cit., pp. 115-117.

¹⁰³ ESCAMILLA CASTILLO, M., «La utilidad y los derechos. La pequeña revuelta de John Stuart Mill frente a Bentham», en ESCAMILLA CASTILLO, M. (ed.), *John Stuart Mill y las fronteras del liberalismo*, Granada, Universidad de Granada, 2004, p. 36. Es importante subrayar que en el pensamiento de Mill la moralidad no agota la utilidad. No todo lo conveniente o lo que maximiza la utilidad general es moralmente obligatorio, sino sólo aquello que deba ser propiamente objeto de castigo (MILL, J. S., *El utilitarismo*, cit., p. 110-111).

dad del sentimiento involucrado en las situaciones de injusticia y la justificación moral de los derechos que racionalizan aquél se debe a que ambos derivan de un tipo de utilidad «extremadamente importante e impresionante»¹⁰⁴ que se expresa en términos de «intereses» o «necesidades», entre los que se encuentran los de subsistencia, seguridad, libertad, igualdad y solidaridad¹⁰⁵. Si «la justicia que está fundada en la utilidad» es «la parte más importante, e incomparablemente más sagrada y vinculante de toda la moralidad» es porque hace referencia a aquellas «reglas morales que se refieren a las condiciones esenciales del bienestar humano de forma más directa y son, por consiguiente, más absolutamente obligatorias que ningún otro tipo de reglas que orienten nuestra vida»¹⁰⁶. Mill concibe estas «utilidades primarias», que son las que constituyen el objeto de los derechos, como condiciones necesarias para la autonomía y el desarrollo. De este modo, la noción de derechos actúa como límite a un modelo agregado de utilitarismo que salvaguarda la idea de libertad¹⁰⁷. La prioridad del individuo y su autonomía sobre las nociones de órdenes impuestas y de autoridad domina, pues, la construcción de Mill. Individualidad que se afirma frente al conformismo y la uniformidad derivados del autoritarismo.

Pero si, conforme a la delimitación del principio de utilidad al que me he referido antes, lo que constituye una fuente de obligación moral, y de los derechos correlativos, se caracteriza por un resultado positivo en el cálculo de la utilidad derivada de su sanción, resulta que si los derechos actúan como razones en favor de la protección y garantía de ciertos estados de cosas no es sólo por el carácter primario de los intereses que implican sino también y al mismo tiempo por la utilidad de su coerción social. Y, como Hart puso de manifiesto hace ya algún tiempo¹⁰⁸, estas dos argumentaciones, el carácter perentorio de los bienes y la utilidad general de su protección, son dos justificaciones diferentes de los derechos que pueden no coincidir. Pues la utilidad general no se agota en aquel estado de cosas en el que todos los bienes individuales de todas las personas estuvieran adecuadamente garantizados, sino que comprende también la mera conveniencia. Y aunque Mill trata de tomar cautelas para garantizar los derechos individuales frente al interés general¹⁰⁹, afirma que «todas las personas tienen dere-

¹⁰⁴ MILL, J. S., *El utilitarismo*, cit., pp. 118, 133.

¹⁰⁵ GARCÍA AÑÓN, J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho*, cit., pp. 244, 247.

¹⁰⁶ MILL, J. S., *El utilitarismo*, cit., p. 126.

¹⁰⁷ SKORUPSKI, J., *John Stuart Mill*, London, Routledge, 1989.

¹⁰⁸ HART, H. L. A., «Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill», cit., pp. 143-162.

¹⁰⁹ Resalta el aspecto igualitario del principio de utilidad contenido en la expresión de Bentham acerca de que «todo el mundo cuente como uno, nadie como más de uno», que considera que «debería escribirse por debajo del principio de utilidad como comentario explicatorio» (MILL, J. S., *El utilitarismo*, cit., p. 131).

cho a igual tratamiento, excepto cuando alguna conveniencia social reconocida requiere lo contrario»¹¹⁰.

Para asegurar la consistencia de su pensamiento Mill debería o bien haber empleado un concepto de utilidad como exigencia de reglas generales que provean protección social a las formas de bien individual para todos los hombres sin posibilidad de excepciones basadas en la conveniencia, o bien proporcionar, como parece que hace en su ensayo *Sobre la libertad*, una concepción de los derechos morales como límites a la búsqueda del bienestar general y no como medios indirectos para su consecución. El resultado de su inconsistencia es el intento de ofrecer una teoría de los derechos individuales en el contexto de la filosofía moral utilitarista. Austin fue más coherente al extraer las consecuencias del principio de utilidad para una teoría consecuencialista de los derechos no jurídicos, considerando que existen tales derechos cuando al calcular la maximización de la utilidad general mediante reglas se derivan razones en favor de deberes hacia una persona determinada y no circunscribiendo tales razones al ámbito de utilidades más primarias o esenciales. Pero el precio de su coherencia fue una teoría formal de los derechos que puede estar al servicio de cualquier ideología.

¹¹⁰ *Ibid. Vid.* una correcta exposición de las diversas interpretaciones del conflicto entre los derechos y el principio de utilidad en el pensamiento de Mill en GARCÍA AÑÓN, J., *John Stuart Mill: Justicia y Derecho, cit.*, pp. 399-416.

II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho: dimensiones y consecuencias*

Por FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

Parece fuera de toda discusión la relevancia del concepto de Estado de Derecho tanto en la Filosofía jurídica y política contemporánea como en la Ciencia Política y en la práctica de los sistemas jurídico-políticos. Sin embargo, el concepto mismo de Estado de Derecho es problemático y discutido, debido a que es el resultado de diversas tradiciones históricas, no siempre coincidentes, y a que es comprensible al menos desde dos perspectivas básicas: la perspectiva formal y la perspectiva material. En este trabajo se analiza la distinción entre el Estado de Derecho formal y el Estado de Derecho material, para, posteriormente, pasar a algunas cuestiones derivadas de la comprensión material. Así, en primer lugar, la reafirmación de la naturaleza mixta de los sistemas jurídicos; en segundo lugar, la discusión sobre los efectos que la presencia de dimensiones materiales tiene para el mantenimiento de la tesis positivista sobre la distinción conceptual entre el Derecho y la moral; en tercer lugar, las dificultades de la identificación y atribución de significado a los componentes materiales básicos del Estado de Derecho en sociedades complejas desde el punto de vista cultural y ético.

Palabras clave: *Estado de Derecho, derechos fundamentales, positivismo jurídico, pluralismo ético.*

ABSTRACT

It is undoubted the importance of the Rule of Law concept in contemporary Philosophy of Law and Political Philosophy as in Political Science and in

* Agradezco a Rafael de Asís y a María del Carmen Barranco las observaciones efectuadas tras la lectura de una versión anterior de este trabajo.

the practice of legal-political systems. However, the Rule of Law concept is problematic and controversial, because it is the outcome of different historical traditions, not always coincidental, and because it can be understood at least from two different points of view: formal and material. In this article, the distinction between formal Rule of Law and material Rule of Law is analyzed to discuss, after this, some problems derived from the material concept. Thus, firstly, the reaffirmation of mixed nature of legal systems; secondly, the discussion about the effects that the existence of material dimensions has for the maintenance of the positivist thesis on the conceptual distinction between law and morals; finally, the difficulties of identification and attribution of meaning to basic material components of Rule of Law in complex societies from the cultural and ethical point of view.

Key words: Rule of Law, fundamental rights, legal positivism, ethical pluralism.

Parece fuera de toda discusión la relevancia del concepto de Estado de Derecho tanto en la filosofía jurídica y política contemporánea como en la Ciencia Política y en la práctica de los sistemas jurídico políticos. En todos esos contextos supone una referencia básica, constituyendo al mismo tiempo un criterio importante a la hora de calibrar la adecuación de los sistemas políticos a determinados standards de corrección o de bondad.

Sin embargo, muy en contra de lo que pudiera parecer, el concepto mismo de Estado de Derecho es problemático y discutido. Más allá de la consideración del Estado de Derecho como un concepto esencialmente controvertido¹ (lo cual supone también un dato que condiciona la complejidad del mismo), lo cierto es que al menos hay dos hechos que explican las dificultades que entraña la comprensión del significado y de las exigencias del Estado de Derecho. En primer lugar, el hecho de que lo que hoy entendemos como Estado de Derecho sea el resultado de diversas tradiciones históricas que, aunque en cierto sentido confluyen en aspectos básicos, también muestran componentes y dimensiones diferenciadas. En segundo lugar, la circunstancia de que, más allá de las diferentes tradiciones, el Estado de Derecho sea comprensible al menos desde dos perspectivas básicas: la perspectiva formal y la perspectiva material. Esas dos perspectivas son las que se asumen para hablar de Estado de Derecho formal, de un lado, y de Estado de Derecho material o sustancial, de otro.

Voy a centrarme en esta ocasión en el análisis de la distinción entre el Estado de Derecho formal y el Estado de Derecho material, para referirme posteriormente a alguna de las consecuencias que se derivan de la comprensión material. En este sentido, se hará referencia a la presencia de contenidos materiales en el Ordenamiento del Estado de Derecho. Esa presencia evidencia, de manera particular, la naturaleza

¹ Me he referido a la cuestión en ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales», *Sistema*, núm. 158, 2000, pp. 91-114.

mixta de los sistemas jurídicos. Además, está en la raíz de la discusión sobre los efectos que dicha presencia tiene para el mantenimiento de la tesis positivista sobre la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Por último, la atribución de significado a los componentes materiales básicos del Estado de Derecho se puede plantear de manera problemática en sociedades complejas desde el punto de vista cultural y ético.

1. La reflexión doctrinal sobre el Estado de Derecho, sus rasgos y componentes, se ve condicionada por el hecho de que, ciertamente, lo que nosotros podemos entender en la actualidad por Estado de Derecho es en realidad el resultado de la confluencia de tradiciones jurídicas diferentes que, aunque comparten sentidos básicos, no son coincidentes en todos sus extremos². En efecto, el análisis del significado de los conceptos del *Rechtsstaat* alemán, del *État de droit* francés y del *Rule of Law* anglosajón, nos muestra, más allá de las respectivas particularidades³ que hay, una cierta comunidad en dimensiones o aspectos básicos. En lo que a los aspectos propios se refiere, el *Rechtsstaat* alemán implica una vinculación entre el Poder estatal y el Derecho, subrayando el sometimiento formal del Derecho al principio de legalidad⁴. Por su parte, la construcción francesa del *État de droit* está llamada a limitar el *État legal* mediante la constitucionalización de derechos fundamentales, sometiendo al Parlamento y a las leyes allí producidas -expresión de la voluntad democrática-, a límites normativos superiores a la propia ley⁵. En fin, en el contexto anglosajón, el *Rule of Law* implica el desarrollo y efectividad de garantías destinadas a asegurar derechos naturales preexistentes en el marco de un sistema de frenos y contrapesos en el que se subraya la capacidad de Poder judicial. En relación con las dimensiones compartidas, Danilo Zolo ha señalado que el Estado de Derecho, en su comprensión contemporánea, se apoya en la base axiológica constituida por la reivindicación de la primacía del valor del individuo, y de las exigencias subsiguientes de libertad y autonomía. Es precisamente ese sustrato, que evidentemente es susceptible de una lectura moral, el origen de dos tesis básicas, que Zolo ha identificado con el pesimismo potestativo (*sic*) y el optimismo normativo⁶. En el primer caso, esta-

² Pueden consultarse los trabajos incluidos en VVAA., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, (P. Costa, D. Zolo, eds.), Feltrinelli, Milano, 2002.

³ Puede consultarse la síntesis presentada por M. ROSENFELD, «Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale», *Diritto e questioni pubbliche*, núm. 4, 2004, pp. 117 ss.

⁴ ROSENFELD señala la evolución de un *Rechtsstaat* de tipo kantiano a un *Rechtsstaat* de tipo positivista. Vid. «Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale», cit., pp. 126-135. En el texto me refiero al segundo.

⁵ Puede consultarse sobre la cuestión, REDOR, M.-J., *De l'Etat legal a l'Etat de droit. L'Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française 1879-1914*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992.

⁶ Vid. ZOLO, D., «Teoria e critica dello Stato di diritto», VVAA., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit., pp. 35-37.

mos frente a una consecuencia de la influencia del liberalismo clásico y de la desconfianza que éste predica respecto al poder político que, por definición, es entendido como peligroso respecto a las libertades individuales, pero que tiene que conjugar esta desconfianza con el convencimiento de la necesidad de su existencia y de su ejercicio a la hora de procurar el orden y la estabilidad social. En el segundo, estamos frente a la creencia en la capacidad del Derecho de controlar, racionalizar y limitar el ejercicio del Poder político. Pesimismo potestativo y optimismo normativo justifican la construcción del Estado de Derecho como mecanismo jurídico de limitación del Poder.

Esa limitación jurídica del Poder se articula –también según Zolo– mediante la conjugación del principio de la difusión del Poder y del principio de la diferenciación del Poder. De acuerdo con el principio de la difusión del Poder se pretende una limitación explícita de los poderes del Estado con la finalidad de la ampliación de las libertades individuales. Por su parte, el principio de diferenciación del Poder intenta materializar una doble diferenciación: de un lado, una diferenciación externa del Poder político en relación con otros centros de Poder; de otro, una diferenciación interna al poder político, entre diferentes instituciones u órganos caracterizados fundamentalmente por las funciones que desarrollan.

Como he señalado anteriormente, y más allá de la existencia de diferentes tradiciones y de la existencia de elementos comunes o no a las mismas, el análisis del significado del Estado de Derecho se complica también como consecuencia del manejo de diversos conceptos del mismo⁷. En efecto, se puede manejar un concepto formal de Estado de Derecho, junto a un concepto sustancial o material del mismo. Considero que el Estado de Derecho formal es aquel modelo de estructuración de las relaciones entre el Derecho y el Poder político, en el que éste se debe ejercer en el marco de las limitaciones formales establecidas por las normas jurídicas. Por su parte, el Estado de Derecho material o sustancial es aquel modelo de estructuración de las relaciones entre el Derecho y el Poder político, que afirma que éste se debe ejercer en el marco de las limitaciones formales y materiales establecidas por las normas jurídicas.

El Estado de Derecho formal implica el sometimiento del Poder al Derecho, y la actuación de aquél en el marco de éste, como elemento esencial. Podríamos afirmar en este sentido que el Estado de Derecho se identifica básicamente con el principio de legalidad, o, si se quiere, con la idea de imperio de la ley. El imperio de la ley puede entenderse vinculado tanto a la idea de poder *sub lege*, como a la de poder *per leges*, es decir, actuación del poder sometido a la ley, al Derecho, de un lado, y actuación del Poder a través de la ley, del Derecho, de otro. Como ha recordado Luigi Ferrajoli, el imperio de la ley, en su dimen-

⁷ Puede consultarse al respecto, DE ASÍS ROIG, R., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Universidad de Jaén-Dykinson, 1999.

sión de poder *sub lege* puede entenderse a su vez de dos maneras. Así, en un sentido débil (“cualquier poder debe ser *conferido* por la ley y ejercido en las formas y procedimientos por ella establecidos”) y en un sentido fuerte (“cualquier poder debe ser *limitado* por la ley, que condiciona no sólo sus formas sino también sus contenidos”) ⁸.

Tanto la idea de poder *sub lege* en sentido débil, como la de poder *per leges* son en realidad rasgos definitorios del ejercicio del Poder en el marco del Derecho, o más bien, del Derecho entendido en sentido moderno. En efecto, como señala el propio Ferrajoli, «La novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos (extraordinariamente parecidos, en particular en el derecho privado, a los romanos), como sobre todo en la forma “legal”, “convencional”, o “artificial”, es decir “positiva” del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación no ya la *veritas* sino la *auctoritas*. (...) *el principio de legalidad* viene a configurarse como el principio constitutivo de la experiencia jurídica moderna; (...) es efectivamente constitutivo del *moderno derecho* positivo y al mismo tiempo del moderno Estado de derecho» ⁹. A partir de una determinada concepción de la relación entre el Derecho y el Poder, la comprensión moderna del Derecho parece implicar de manera necesaria tanto la actuación del Poder a través de normas (*per leges*), como la actuación del poder sometido a normas (*sub lege* en sentido débil). Podemos intentar imaginarnos una hipotética situación en la que en un grupo humano se pretendiera articular un determinado mecanismo de organización social que excluyera tanto la actuación del Poder a través de normas, de un lado, como del Poder a normas, de otro. Posiblemente tendríamos dificultades a la hora de considerar como jurídica dicha situación, pudiendo identificarla como arbitraria. En efecto, una situación en la que se pretendieran organizar las conductas humanas a través de un expediente distinto a las normas, y sin sometimiento alguno a normas, parecería difícilmente reconocible como jurídica. Creo que se puede llegar a esta conclusión sin efectuar alusión alguna a la valoración moral que merecieran esos expedientes distintos a los normativos. Por tanto, la actuación a través de normas y en el marco de normas es un rasgo identificativo del Derecho moderno, un «principio constitutivo de la experiencia jurídica moderna», un dato sin el cual el Derecho no es identificable como tal.

Podemos afrontar la cuestión de la relación entre el imperio de la ley y la existencia de un Ordenamiento jurídico desde dos puntos de vista, dependiendo de que dicha relación se entienda como contingente o necesaria. Si se mantiene que la relación es contingente, se afirma la posibilidad de identificar un sistema jurídico en que no se satisfagan los principios del imperio de la ley, es decir, un (supuesto) sistema que, por ejemplo, no contuviera normas públicas y claras,

⁸ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995, p. 856.

⁹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., p. 869.

cuyas autoridades normativas no fueran conocidas, o que incluyera, como criterio general, normas retroactivas. Es decir, según este planteamiento, estaríamos ante un sistema jurídico, pero en ese sistema no se materializarían ni siquiera de forma mínima, las exigencias del imperio de la ley. No obstante, se podría afirmar que estamos ante un sistema jurídico imperfecto, como consecuencia de la ausencia de esos rasgos.

Pero, posiblemente, lo más adecuado sea no enfocar la cuestión en términos de perfección jurídica; parece más correcto plantearlo en términos de mera juridicidad. En efecto, sabemos que el Derecho se identifica como una técnica de control social. Si ello es así, la perfección debe venir determinada, en todo caso, por la capacidad estructural y técnica del Derecho a la hora de llevar a cabo ese control social. Será precisamente esa capacidad la que le posibilitará ser un auténtico mecanismo de control social. Y la operatividad de ese control social exige la satisfacción de las exigencias del imperio de la ley; satisfacción que va a permitir que los destinatarios actúen de acuerdo con lo establecido en las normas. De manera que si no se produce ese grado de satisfacción, en realidad estamos ante un sistema (o algo parecido, -una especie de agregado normativo- ya que los criterios del imperio de la ley también son expresión de la naturaleza sistemática del Derecho), incapaz de cumplir su función básica: la de articular criterios de conducta que puedan ser obedecidos. De acuerdo con lo anterior, los requisitos del imperio de la ley se nos presentan como una condición de la eficacia del sistema jurídico, ya que si no se dan, aquel no puede ser obedecido en ningún caso desde el momento en que carece de las dimensiones formales y estructurales mínimas necesarias. Contribuyen por tanto a crear condiciones de certeza y seguridad.

La seguridad jurídica es una condición necesaria de la existencia como tal del Derecho, más allá de su carácter justo o injusto, moral o inmoral. El Derecho, en tanto que sistema de información sobre los modelos de conducta juridificados, produce seguridad: «Sistema y seguridad jurídica son inseparables. No hay sistema que no produzca, por su sola existencia, una cierta seguridad jurídica, ni seguridad jurídica que se pueda concebir al margen del sistema»¹⁰. Así, la seguridad, entendida desde esta perspectiva vinculada a una comprensión formal del imperio de la ley, no es una cuestión exclusiva del Estado de Derecho o de un Ordenamiento jurídico justo. Como señala Legaz, la seguridad, «no es tanto el resultado de un querer conscientemente realizado, como un fruto espontáneo del mismo Derecho en tanto que Derecho; y precisamente por eso es absurdo querer prescindir de la seguridad en un sistema jurídico cualquiera, pues existiendo un sistema jurídico ya existe seguridad. No es la seguridad la que constituye un principio de valoración, sino la justicia. El hombre está siempre

¹⁰ PECES-BARBA, G., «La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho», ID., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 268.

seguro con el Derecho, siempre sabe a qué atenerse sobre su situación, pero no siempre se siente a su gusto con esta seguridad; preferiría, a veces, poner su situación más cerca del peligro, a cambio de una más amplia y cómoda libertad de movimientos; otras veces, clamará contra la seguridad de una situación injusta y exigirá la seguridad de una mejor justicia; pero el orden jurídico es, por esencia, la estabilización de las sociedades y, por lo tanto, implica una situación general de seguridad...»¹¹. Podemos recordar, además, que cuando Habermas se refiere a la función del Derecho, que es la estabilización de las expectativas de comportamiento, le atribuye a aquél la superación de la indeterminación cognitiva, motivacional y organizativa que presenta una moral racional articulada básicamente como un sistema de saber y no como un sistema de acción. En el marco de la relación de complementariedad entre el Derecho y la moral propuesta por Habermas, el Derecho genera seguridad frente a las debilidades e incertidumbres de la moral¹².

Pues bien, si el imperio de la ley, el sometimiento al Derecho, así entendido, sirve para identificar al Derecho moderno como tal, podemos plantearnos la cuestión de hasta qué punto es un elemento suficiente para caracterizar al Estado de Derecho. Recordemos que esta era la comprensión del Estado de Derecho formal. En este punto nos encontramos con la dificultad derivada de la necesidad de diferenciar al Estado de Derecho de otros tipos de Estado. Frente a la consideración kelseniana del Estado de Derecho, creo que tiene razón Elías Díaz cuando señala explícitamente que no todo Estado es un Estado de Derecho. En efecto, el Estado de Derecho entendido como un modelo de organización jurídica del Poder político, posee determinados rasgos definitorios que lo singularizan frente a otros modelos o tipos de Estado. Así, cuando pensamos en el Estado de Derecho, no lo estamos haciendo en *el* Estado, sino en *un* Estado, en un modelo concreto y característico. Por ello, no lo podemos identificar con aquellos rasgos o elementos que nos permiten entender la actuación jurídica *del* Estado, entendido como forma moderna de organización del Poder político de acuerdo con criterios de legitimación racional derivados de «la creencia en la legalidad de ordenaciones instituidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad»¹³. Si el Estado de Derecho se identifica con el imperio de la ley, y si el imperio de la ley en realidad es un requisito imprescindible para entender la experiencia jurídica moderna, entonces consecuentemente estamos obligados a concluir que la experiencia jurídica

¹¹ LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, cuarta edición, Bosch, Barcelona, 1975, p. 632.

¹² Vid. HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, intr. y trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 169-184.

¹³ WEBER, M., *Economía y sociedad*, trad. de J. Medina Echavarría y otros, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2002, p. 172.

moderna se identifica con el Estado de Derecho. Y parece que la realidad nos demuestra lo contrario, siempre y cuando estemos dispuestos a admitir la naturaleza cualificada del Estado de Derecho frente a lo que podríamos considerar el *mero* Estado.

De acuerdo con lo anterior, parece justificada la superación del concepto formal de Estado de Derecho a favor del que podríamos considerar concepto material o sustancial, que implicaría la presencia de un segundo elemento necesario, junto al imperio de la ley. En efecto, ya no se trataría de que el Estado de Derecho se caracterizara por la actuación del Poder a través de normas y en el marco de normas (concepto formal), sino de que esas normas estuvieran cualificadas. Y si de cualificación hablamos podemos plantearnos dos posibilidades: cualificación formal y cualificación material. La cualificación formal viene determinada por la concurrencia de los elementos destinados a asegurar la posibilidad de su cumplimiento. Estaríamos frente a los componentes de la moral interna del Derecho, que se presentan por Raz como requisitos del cumplimiento del Derecho¹⁴. La cualificación material del Derecho es la que viene determinada por su contenido, por la cuestión de *qué* mandan las normas.

Es precisamente el específico contenido del Derecho, y la presencia de mecanismos eficaces y efectivos para proteger ese contenido, lo que caracteriza al Estado de Derecho, y lo que lo singulariza respecto a otros modelos de organización jurídica. Así, el concepto material de Estado de Derecho implica la presencia de dos elementos concurrentes: el imperio de la ley, de un lado, y la presencia de determinados contenidos normativos, de otro.

La reflexión sobre la insuficiencia del concepto formal de Estado de Derecho a la hora de presentar los rasgos propios del Estado de Derecho en la cultura jurídica contemporánea y, sobre todo, a la hora de diferenciar y sustantivar al Estado de Derecho como tal respecto a otros modelos de Estado, nos sitúa, por tanto, ante la necesidad de ir más allá y de completar la caracterización del Estado de Derecho, en sus dimensiones sustanciales o materiales. Esta caracterización permite enfocar correctamente la relación que se establece entre el Estado de Derecho y el Estado constitucional y también analizar de manera, creo, adecuada alguno de los problemas que se plantean de manera especial en el seno de éste último. El Estado de Derecho material supera al Estado formal en la consideración del significado de la legalidad. En efecto, en el Estado de Derecho formal la legalidad y el imperio de la ley no son considerados desde el punto de vista de los contenidos. El principio de legalidad es analizado desde un punto de vista formal y estructural. La exigencia es la de la propia operatividad del imperio de la ley, la de poder responder a las preguntas sobre quién manda y cómo se manda desde los datos conocidos que nos suminis-

¹⁴ Vid. RAZ, J., «El Estado de Derecho y su virtud», ID., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. y notas de R. Tamayo Salmorán, UNAM, México, 1982, pp. 263 ss.

tra el propio Ordenamiento jurídico. En el Estado de Derecho formal, podríamos afirmar, el principio de legalidad no se encuentra acompañado de adjetivo calificativo alguno.

En este sentido, a la hora de marcar las diferencias entre el sentido y significado del imperio de la ley y del principio de legalidad que se maneja respectivamente en ambos modelos de Estado de Derecho, hay que tener en cuenta que en el Estado de Derecho material el principio de legalidad se presenta referido a una «legalidad selectiva»¹⁵. Cuando se hace referencia a la ley en el Estado de Derecho material, no se está pensando en una ley en la que cabe cualquier contenido. La ley en el Estado de Derecho no es cualquier tipo de ley¹⁶. En este contexto, el imperio de la ley no es una mera técnica formal. Su sentido viene determinado por su origen y por su contenido, siendo algo más que una mera técnica formal de gobierno. Así se podría caracterizar una concepción políticamente neutral del imperio de la ley. Pero esa neutralidad desaparece en el Estado de Derecho material, cuyo ámbito es el de la democracia.

Se acaba de señalar que la ley en el Estado de Derecho material se caracteriza tanto por su origen como por su contenido. Elías Díaz ha subrayado la importancia de la primera dimensión, la del origen, al proponer una concepción del imperio de la ley directamente vinculada a la voluntad popular. En efecto, parte de la consideración del Estado de Derecho como Estado sometido al Derecho, en el que su poder y su actividad están regulados y controlados por la ley. Pero por ley se debe entender «la formalmente creada por el órgano popular representativo (...) como expresión de la voluntad general»¹⁷. La conexión, por tanto, entre imperio de la ley en el marco del Estado de Derecho, de un lado, y soberanía popular, de otro, es explícita: «Si la ley, el ordenamiento jurídico, no posee ese origen democrático, podrá haber después imperio de la ley (de esa ley no democrática), pero nunca Estado de Derecho»¹⁸. Por tanto, el Derecho en el que se piensa no es cualquier tipo de Derecho. Es por el contrario un Derecho democrático, gracias a su origen y a sus contenidos. En cierto sentido, aunque no de una manera absoluta, los contenidos se explican por el carácter democrático del Derecho. A partir de ahí, puede reconocer que «no todo «imperio de la ley» es ya, por ello, Estado de Derecho: que no hay tal si la ley proviene de una voluntad individual absoluta y no de una asamblea de representación popular libremente elegida; es decir, que no hay Estado de Derecho si la ley no

¹⁵ Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, E., «Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho», *Sistema*, núm. 138, 1997, p. 102.

¹⁶ Vid. GARCÍA DE ENTERRIA, E., «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984, p. 12.

¹⁷ DÍAZ, E., *Estado Democrático y Sociedad democrática*, Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1973, p. 30.

¹⁸ DÍAZ, E., «Estado de Derecho y derechos humanos (seguido de diez tesis)», VVAA., *Ética Pública y Estado de Derecho*, Fundación Juan March, Madrid, 2000, p. 28.

es expresión de la voluntad general, o -admitámoslo- de lo que, en cada momento, más se acerca a la verdadera voluntad general»¹⁹. En definitiva Elías Díaz nos sitúa frente a la relación entre el Estado de Derecho y la democracia: el Estado de Derecho es la institucionalización jurídica de la democracia²⁰. Quiere decirse con ello que el Estado de Derecho «trata de convertir en legalidad (normas, Constitución) el sistema de valores (libertad como base) que caracteriza a la legitimidad democrática»²¹.

Pero también hemos afirmado que el Derecho, la ley, en el Estado de Derecho, se caracteriza por su contenido. Es aquí donde los derechos fundamentales y los valores y principios vinculados a ellos pasan a primera línea. El contenido material del Derecho en el modelo de Estado de Derecho que se comparte en estas líneas tiene su núcleo en los derechos fundamentales y en la concepción moral de la que éstos son expresión. Es la presencia de estos contenidos la que diferencia al Estado de Derecho material respecto al formal, de un lado, y la que lo vincula al Estado Constitucional, de otro; y por otra parte constituye «el mayor rasgo de orgullo» del Derecho del Estado constitucional²².

Cuando hablamos de contenidos jurídicos del Estado de Derecho, no estamos haciendo referencia a cualquier contenido ni a cualquier legalidad. Más bien, estamos pensando en unas dimensiones sustanciales específicas, que en última instancia se reconducen a una determinada concepción moral, y que condicionarían el concepto mismo

¹⁹ DÍAZ, E., *Estado Democrático y Sociedad democrática*, cit., p. 31. En uno de sus últimos trabajos, Elías Díaz ha vuelto a subrayar el carácter cualificado por su origen del imperio de la ley en el Estado de Derecho: «El Estado de derecho (...) es, pues, el imperio de la ley; aquél, sin embargo, no es ni se reduce sin más, como a veces parece creerse, a cualquier especie de imperio de la ley. Esto es aquí lo decisivo. También las dictaduras modernas y los regímenes totalitarios, con doctores dóciles juristas a su servicio, podrían alegar el imperio (indiscutible imperio) de la ley: los dictadores suelen encontrar bastantes facilidades, sirviéndose siempre del miedo, del terror, de la mentira y de la falta de libertad, para convertir en leyes sus decisiones y voluntades (individuales o de sus poderosos allegados), es decir, para legislar sus arbitrariedades. Podrían incluso aceptar y aducir que su poder está reglado por el Derecho (por el mismo dictador creado) y sometido a (sus propias) normas jurídicas. Eso también es Derecho (ilegítimo, injusto), también es Estado (dictatorial, totalitario), pero no es Estado de Derecho. Lo que en definitiva diferencia, pues, de manera más radical y substancial al Estado de Derecho —como bien se señala en el Preámbulo de nuestra Constitución desde esa su necesaria correlación fáctica y prescriptiva con la democracia— es su concepción del «imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»: es decir, creada (con variantes históricas, pero no bajo unos mínimos) desde la libre participación y representación hoy de todos los ciudadanos», «Respeto a la ley», CEREZO GALÁN, P. (ed.), *Democracia y virtudes cívicas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 244.

²⁰ Vid. DÍAZ, E., «Estado de Derecho y legitimidad democrática», DÍAZ, E., COLOMER, J. L., (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid, 2002, p. 75.

²¹ DÍAZ, E., «Respeto a la ley», cit., p. 236.

²² Vid. ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 114.

de Constitución²³. Ferrajoli se ha referido en este sentido al proceso de positivación del Derecho natural²⁴, señalando que lo que caracteriza al Estado de Derecho es precisamente la introducción en su Ordenamiento jurídico de los principales contenidos de justicia que durante siglos constituyeron el núcleo del iusnaturalismo racionalista. Dicha incorporación presenta, de manera básica, un rasgo –es una incorporación limitativa– y una consecuencia –la conversión de los que eran exclusivamente criterios de legitimación externa en criterios de legitimación interna. En términos muy parecidos Habermas señala que «los principios morales del derecho natural se han convertido en los Estados constitucionales modernos en derecho positivo»²⁵.

Pero antes de centrar la reflexión en la consideración sustancial del Estado de Derecho, conviene aludir, aunque sea brevemente, a las ventajas que tiene mantener un concepto de Estado de Derecho como el que aquí se está defendiendo. Subrayaremos dos. En primer lugar, contribuye a dotar de sustantividad al Estado de Derecho frente a otros modelos de Estado. Si hemos considerado que en realidad todo Ordenamiento jurídico presenta como necesarios aquellos rasgos (el imperio de la ley) que se predicán como suficientes en el concepto formal de Estado de Derecho, la consideración material o sustancial del mismo permite caracterizarlo respecto a Estados «que no son de Derecho». En segundo lugar, la comprensión del Estado de Derecho conectada a la presencia de contenidos materiales específicos –los derechos fundamentales– permite afrontar de manera adecuada, en mi opinión, la cuestión de la identificación del Estado constitucional, que desde este punto de vista es entendido como un modelo de Estado de Derecho. El concepto de Estado de Derecho que se propone en estas líneas, concepto material o sustancial, se caracteriza por el reconocimiento y garantía de dimensiones sustanciales, los derechos. De esta manera, los derechos están reconocidos y garantizados en el Estado de Derecho, reconocimiento y garantía que, desde el punto de vista jurídico, se hace más intensa a partir de las consecuencias normativas de la Constitución. Así, y aunque pueda ser una cuestión de matiz, lo que caracterizaría al modelo del Estado constitucional respecto al Estado de Derecho no sería tanto la materialización o «rematerialización» constitucional²⁶, si con ella se alude a la introducción de determinadas dimensiones sustanciales y materiales en la Constitución –solemos pensar en derechos fundamentales– y su consecuente exclusión de las posibilidades normativas del legislador, como la profundización en las dimensiones limitativas que el Derecho opone al

²³ Vid. KELSEN, H., «La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle)», *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger*, 1928, pp. 205 y 206.

²⁴ Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, cit., pp. 354 ss.

²⁵ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, cit., p. 545.

²⁶ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., «Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones», ID., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 113.

Poder, derivada de la presencia de la Constitución y de sus mecanismos de garantía.

2. La presencia de normas de derechos fundamentales en un Ordenamiento como el del Estado de Derecho tiene muy diversas consecuencias. En este momento nos vamos a centrar en alguna de ellas.

2.1 En primer lugar, dicha presencia es el núcleo del proceso de constitucionalización del Derecho natural, al que han aludido entre otros Luigi Ferrajoli o Jürgen Habermas. Si todo Ordenamiento jurídico asume una determinada concepción de la moralidad, lo cierto es que aquella vinculada al Estado de Derecho es la que se expresa a través de los derechos fundamentales y los valores y principios relacionados o derivados de ellos. Esa moralidad es especialmente relevante desde la perspectiva de las sociedades democráticas, desde el momento en que se identifica como dimensiones y contenidos considerados básicos en relación con un determinado modelo de convivencia. Sin esos contenidos, el modelo deja de ser reconocible como tal; en efecto, parece difícilmente identificable como Estado de Derecho un sistema jurídico-político democrático que no reconozca, proteja y garantice derechos fundamentales, y que consiguientemente no organice de acuerdo con éstos un cierto modelo de convivencia.

Además, la presencia de contenidos materiales –que asumen básicamente la forma de derechos fundamentales– en las Constituciones, es expresión de un determinado concepto de Constitución, que incluye necesariamente reconocimiento y protección de derechos, de acuerdo con el modelo que encontramos ya señalado en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Esos derechos fundamentales constituyen el núcleo de lo que tradicionalmente se ha considerado la parte dogmática del texto constitucional. El reconocimiento de esta parte tiene consecuencias formales y estructurales, que van más allá de la mera recepción jurídica de una determinada opción axiológica. Estas consecuencias se identifican con la arquitectura del Estado constitucional organizada en torno a los mecanismos destinados a garantizar la supremacía de la Constitución y por tanto de los derechos en ella contenidos. De esa arquitectura derivan cuestiones referidas, por ejemplo, a la interpretación de las disposiciones materiales o a la tensión entre Constitución y democracia²⁷.

También esa presencia de dimensiones morales en las Constituciones del Constitucionalismo plantea algunos elementos de crítica dirigidos al positivismo jurídico, que se puede sintetizar de la siguiente manera: el Derecho del constitucionalismo incluye necesariamente un conjunto de derechos, valores y principios morales, y por tanto,

²⁷ Vid. BARRANCO AVILÉS, M. C., «Los contenidos materiales de las Constituciones y la posibilidad del constitucionalismo positivista», en RAMOS PASCUA, J. A., RODILLA GONZÁLEZ, M. A., (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad Salamanca, 2006, pp. 339 ss.

justifica la afirmación de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Estamos ante una crítica que quiere estar dirigida a la línea de flotación del positivismo jurídico, desde el momento en que pretende descalificar la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral. No obstante, la inclusión de las dimensiones morales manifestadas en forma de derechos y valores, que sirve para caracterizar al constitucionalismo contemporáneo, es un rasgo de específicos Ordenamientos, y no del Derecho. Quiere decirse con ello que, en realidad, aunque el Derecho del constitucionalismo no se puede comprender y analizar sin tener en cuenta ese punto de vista moral asumido, lo cierto es que el Derecho (que no necesariamente es el del constitucionalismo) puede seguir siendo identificado sin la presencia de ese punto de vista moral específico que, si bien es necesario en el Derecho del Estado de Derecho, no lo es en el Derecho genéricamente considerado. De esta manera, se puede seguir afirmando la viabilidad del positivismo como propuesta de aproximación neutral del Derecho. El positivismo jurídico, y más específicamente el positivismo metodológico, supone la afirmación de la irrelevancia del punto de vista moral asumido por el sistema como elemento determinante del reconocimiento jurídico del mismo. Así, la presencia de puntos de vista morales en el sistema no niega la validez de la aproximación positivista, desde el momento en que precisamente ésta propone que aquéllos no sean tomados en consideración a la hora de la identificación y análisis del Derecho ²⁸.

2.2 En segundo lugar, la presencia de determinados contenidos sustanciales en el Ordenamiento jurídico del Estado de Derecho es un elemento que pone de manifiesto la naturaleza mixta de los sistemas jurídicos. En efecto, los contenidos morales específicos del Estado de Derecho –los derechos fundamentales– evidencian la naturaleza mixta del Ordenamiento jurídico, en este caso del Ordenamiento jurídico del Estado de Derecho. Conviene subrayar en este sentido que, en realidad, el carácter mixto no es un rasgo exclusivo de un tipo de Orde-

²⁸ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO han señalado que el positivismo incluyente sería merecedor de crítica ya que «su tesis distintiva –que la relación entre Derecho y moral es contingente, pues es conceptualmente concebible un sistema jurídico cuyos tests de validez no impliquen referencias a la moral– es de escaso interés para los juristas: pues aun concediendo que tales sistemas sean posibles, lo que es indudable es que no se trata de nuestros sistemas, de los Derechos del Estado constitucional, ni tampoco de los que cabe razonablemente prever», «Dejemos atrás el positivismo jurídico», en RAMOS PASCUA, J. A., RODILLA GONZALEZ, M. A., (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, cit., p. 773. Me parece evidente que en este punto se está planteando la cuestión de la función de la teoría del Derecho positivista, a la que se puede responder al menos desde dos planteamientos básicos: por una parte –este parecería ser el que asumirían Atienza y Ruiz Manero– el que señalaría que la teoría del derecho debe explicar el Derecho tal y como éste se presenta en determinadas circunstancias, que bien pueden ser las del constitucionalismo; por otra, el que afirma que de lo que se trata en realidad es de ofrecer una explicación no vinculada necesariamente a un modelo específico y contextual de Derecho.

namiento específico, como es el del Estado de Derecho, sino más bien de todo sistema jurídico.

La afirmación del carácter mixto del sistema deriva de la constatación de que la validez de sus componentes, de las normas que lo integran, depende de la satisfacción tanto de requisitos formales como materiales. Si consideramos los rasgos que nos permiten constatar la inclusión de una determinada norma en un sistema, reconocemos la presencia, de un lado, de exigencias formales. La norma pertenecerá al sistema si es el resultado de la decisión tomada por una determinada autoridad, que disfruta de competencia al respecto, mediante un procedimiento establecido. Pero lo anterior es un requisito necesario y no suficiente. Hace falta añadir a lo anterior la dimensión material o sustancial, referida a la relación entre el contenido de la norma en cuestión y el de las normas superiores del sistema. De acuerdo con ello, la norma jurídica será válida cuando satisfaga condiciones tanto formales como materiales. Así, el sistema jurídico no es exclusivamente estático, es decir un sistema en el que «las normas valen por su contenido... la conducta determinada por ellas es vista como debida por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido el contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal... Puesto que todas las normas de un orden de este tipo están ya contenidas en el contenido de la norma presupuesta, puede deducírselas mediante una operación lógica, una inferencia de lo general a lo particular»²⁹; ni tampoco exclusivamente dinámico, es decir un sistema en el que «la norma fundante ... no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica»³⁰; presenta por el contrario una naturaleza mixta.

Sin embargo, es cierto que en realidad el problema de la consideración del sistema jurídico como sistema mixto se presenta de manera más evidente en relación con las decisiones últimas del sistema, entendiendo por tales aquéllas que se localizan en las zonas superiores del mismo, una vez que lo entendemos jerárquicamente estructurado. Es precisamente en este contexto en el que se plantea la cuestión de los límites materiales de las decisiones últimas. Ello supone la consideración de que en el Ordenamiento jurídico existen decisiones últimas no sometidas a limitaciones ulteriores. En este sentido, Bruno Celano ha señalado que «el poder de decisión de última instancia (poder de decisión última, no sujeto a revisión por parte de poderes ulteriores; decisión ‘soberana’) no es eliminable. Los ordenamientos jurídicos son sistemas normativos dinámicos; existe en ellos no obstante, un poder de decisión no sujeto a revisión. Por razones conceptuales, no todo

²⁹ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. de la segunda edic. en alemán por R. J. Vernengo, UNAM, 1982, p. 203.

³⁰ KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 204.

poder de decisión es sometible a normas que vinculen a la decisión»³¹. Parece que se estaría pensando, entonces, en un órgano como el Tribunal Constitucional, o en otro que pareciera no estar sometido a norma alguna, subrayándose así la naturaleza autoritativa del derecho; lo cual parece ser problemático desde el momento en que, el Tribunal Constitucional, por ejemplo, actúa sometido a una norma superior, como la Constitución. Así, en el interior del sistema jurídico, la dimensión autoritativa (que se vincula de manera específica con la vertiente dinámica del mismo) se lleva a cabo en el marco de normas, aunque las autoridades últimas puedan, en efecto, llevar a cabo una reforma de la Constitución, por ejemplo. Pero esa reforma se llevará a cabo siempre en el marco de lo establecido por ella misma. Ciertamente, el Poder no sometido es el Poder entendido como Poder Constituyente en sentido originario; cuando nos referimos a él, lo estamos haciendo a una realidad que ya no forma parte del Derecho, aunque lo condiciona.

Pues bien, pienso que la naturaleza constitucional de los derechos fundamentales, componente básico e imprescindible del Estado de Derecho, pone de relieve las consecuencias derivadas de la presencia de contenidos sustantivos en el Ordenamiento. En este caso, pensamos en contenidos específicos como los derechos. Pero esas consecuencias también se derivarían si los contenidos fueran otros, y por tanto si la perspectiva moral asumida por el sistema fuera diferente. Lo que determina, por tanto, el carácter mixto del sistema jurídico del Estado de Derecho es en última instancia la naturaleza constitucional de los derechos y no el significado moral de los mismos.

2.3 En tercer lugar, aludiré a las dificultades que presenta la identificación del contenido moral del Estado de Derecho. Sabemos que el proceso de constitucionalización del Derecho natural provoca la existencia de una «dimensión ética sustancial»³² del Estado de Derecho. Pues bien, los principios, valores y derechos a través de los cuales se expresa esa dimensión constituyen un material normativo que presenta evidentes problemas en lo que a su determinación e interpretación se refiere. Estos problemas están referidos al necesario desarrollo de un discurso moral a la hora de interpretar esa dimensión material del Estado de Derecho y a la determinación de su contenido y de su significado. Parece razonable afirmar el necesario recurso a argumentos sustanciales a la hora de establecer el sentido de los derechos. La actividad de atribución de sentido y de significado de los derechos implica el desarrollo de un determinado discurso moral que no se reduce a la ponderación mediante la cual se intenta solucionar un conflicto entre derechos. Pero en realidad los problemas de inde-

³¹ CELANO, B., «Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto», *Filosofia Politica*, a. XIX, n. 3, dicembre 2005, p. 440.

³² *Vid.* CELANO, B., «Diritti, principi e valori nello status costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione», *Analisi e diritto*, 2004, p. 56.

terminación vienen provocados por los rasgos que caracterizan el contexto social y cultural en el que en muchas ocasiones los derechos han de ser interpretados.

Los grupos humanos se constituyen como agregados de individuos a partir de determinados elementos de cohesión. Ciertamente, esos elementos pueden ser de diverso tipo, culturales, religiosos, económicos, o más o menos circunstanciales como por ejemplo la necesidad de colaboración en la defensa mutua frente a un agresor o un peligro común. En todo caso, las sociedades humanas también comparten internamente determinados principios que bien pueden ser identificados con una cierta concepción de la moralidad, de la justicia. Posiblemente ello, además de ser una exigencia pragmática, es también expresión de la necesidad antropológica de encontrar referentes morales comunes y compartidos.

Pues bien, los derechos fundamentales constituyen el mínimo moral común y compartido en el Estado de Derecho, el núcleo de una ética pública cuyo sentido básico no es tanto el de generar una voluntad de imposición como el de significar un referente de adhesión individual libre. Ferrajoli ha denunciado la falsedad de la tesis de acuerdo con la cual los derechos fundamentales deben ser compartidos desde el punto de vista moral por todos, o por la mayoría, de los miembros de una sociedad: «La teoría garantista del estado constitucional de derecho, basada en la separación laica entre derecho y moral, no sólo no supone sino que tampoco requiere, ni debe requerir, la adhesión a los valores ético-políticos que éste incorpora jurídicamente. Son, de hecho, estos mismos valores los que imponen no imponer ningún tipo de ética o de credo político, ni siquiera democrático o liberal, lo cual debe respetarse incluso frente a quienes no los compartan, sean subversivos o delincuentes. (...) El paradigma liberal-democrático, en pocas palabras, no puede imponer jurídicamente las condiciones pragmáticas de la propia efectividad. En caso de que lo hiciera, entraría en contradicción consigo mismo, dado que negaría sus propios principios»³³. Es cierto que la imposición de un credo moral, como puede ser por ejemplo el vinculado a los derechos fundamentales, es contradictorio con el sentido del modelo liberal, debido a que éste está basado en el reconocimiento del valor de la autonomía individual. Sin embargo, la cuestión a la que me refiero no es tanto la de la imposición de credos morales, como la de la existencia de elementos compartidos que generen un sentimiento de adhesión entre los miembros de una comunidad. El propio Ferrajoli ha señalado que en realidad, la existencia de un cierto componente de adhesión social es una condición pragmática respecto a cualquier sistema normativo, pero en especial en relación con los derechos fundamentales y la democracia, «que son construcciones sociales cuyo mantenimiento depende, más allá de

³³ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 366-367.

las garantías jurídicas, de un cierto grado de consenso en torno a los valores sometidos a ellos»³⁴. Es precisamente a ese núcleo de consenso al que me estoy refiriendo; núcleo de consenso que indefectiblemente presentará componentes morales.

En realidad, la historia de los derechos está jalonada de episodios que expresan perfectamente esa vocación de punto de encuentro a la que me he referido. Pensemos, por ejemplo, en el significado del proceso de subjetivización del Derecho Natural, basado en la unidad religiosa, que da paso a la reivindicación de los derechos naturales compatible con la pluralidad de explicaciones religiosas, y que caracteriza el inicio de la Modernidad. Desde este punto de vista, ese proceso puede ser analizado desde dos perspectivas. Por una parte, se puede considerar que es una necesidad interna del propio iusnaturalismo, ya que la ruptura de la unidad religiosa le obliga a identificar referentes comunes (los derechos naturales) que no dependan de esquemas religiosos –que a partir de la ruptura pasan a ser particulares–. Por otra parte, puede ser expresión, relacionado con lo anterior, de la necesidad de ese referente moral común. Otro ejemplo es el del proceso de universalización de los derechos que no sólo debe ser interpretado como una exigencia de la construcción de una comunidad internacional desde el punto de vista político, sino como una dinámica de identificación de los elementos básicos de una comunidad moral. La universalidad moral de los derechos implica la identificación de un referente común y en este sentido posiblemente se puede enmarcar en una dinámica inacabada que se inicia en el proceso de subjetivización del Derecho Natural.

Asumiendo una estructura axiológica que se apoya en el reconocimiento de la autonomía individual, los derechos son un elemento central de la ética pública que constituye la plataforma normativa que permite la construcción y desarrollo de los planes de vida individuales. Sin embargo, el establecimiento del sentido y contenido de ese mínimo moral común y compartido constituye una tarea más o menos laboriosa y exigente desde el punto de vista intelectual, que está en función, entre otras cosas, del tipo de sociedad en la que nos tengamos que poner manos a la obra a la hora de identificar ese mínimo; está condicionada por el pluralismo ético que caracteriza de manera creciente el entorno social en el que nos desenvolvemos y que se vincula, al menos en su versión fuerte, en primer lugar, a la afirmación de la existencia de una pluralidad de bienes o valores fundamentales y, en segundo lugar, a la tesis del carácter irreductible de esos bienes o valores a una jerarquía común³⁵. Ciertamente el escenario constituido por una sociedad en la

³⁴ FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 366.

³⁵ Vid. BARBERIS, M., «L'eterogeneità del bene. Giuspositivismo, giusnaturalismo e pluralismo etico», *Analisi e diritto*, 2002–2003, pp. 13–18. Como señala Barberis, la versión fuerte del pluralismo ético implica la admisión conjunta de las dos tesis señaladas, mientras que las versiones débiles consistirían en la afirmación de alguna de ellas solamente. Vid. también BARBERIS, M., «I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico», *Analisi e diritto*, 2005, pp. 1–20, en especial pp. 1–7.

que existe un consenso en relación a las normas morales básicas es muy diferente a aquel otro constituido por el encuentro de tradiciones o culturas caracterizado por ser precisamente encuentro de propuestas no coincidentes en afirmaciones que para aquéllas parecen irrenunciables. Creo que es sólo en relación con el primer escenario cuando se puede afirmar que «el sistema constitucional de los derechos fundamentales, en cuanto supone la suprema expresión del orden axiológico de la comunidad, proyecta su unidad de sentido al resto del sistema normativo, siendo el postulado—guía hermenéutico de todo el ordenamiento jurídico y político, al tiempo que religa la constitución formal con la constitución material»³⁶. En el segundo escenario, los problemas de identificación de los derechos como mínimos morales son más agudos. Esa identificación constituye uno de los retos de los contemporáneos Estados de Derecho.

³⁶ PEREZ LUÑO, A. E., «La metamorfosis del sistema de los derechos fundamentales y la crisis del positivismo jurídico», en RAMOS PASCUA, J. A., RODILLA GONZÁLEZ, M. A., (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, cit., p. 641.

Soberanía y orden internacional en la filosofía política y jurídica de Hans Kelsen y Carl Schmitt: aportaciones a un debate reciente

Por RAMÓN CAMPDERRICH BRAVO
Universidad de Barcelona

RESUMEN

En este artículo se pretende ofrecer una visión general de las doctrinas sobre la soberanía y el orden internacional elaboradas por dos de los mayores iusfilósofos y especialistas en derecho público del siglo xx, Hans Kelsen y Carl Schmitt. El objetivo último del artículo es apuntar la utilidad de estas doctrinas para la comprensión del debate contemporáneo sobre la guerra. El artículo se divide fundamentalmente en cuatro partes: la «deconstrucción» de la doctrina de la soberanía formulada por Hans Kelsen, su doctrina del pacifismo jurídico, la doctrina de la soberanía de Carl Schmitt y su crítica del pacifismo jurídico. El artículo se cierra con unas líneas conclusivas que ponen en relación los planteamientos kelseniano y schmittiano sobre el problema de la guerra en las relaciones internacionales y las insuficiencias del debate contemporáneo sobre este fenómeno.

Palabras clave: Kelsen; Schmitt; pacifismo jurídico; decisionismo; guerra.

ABSTRACT

The present writing seeks to offer a general view of kelsenian and schmittian doctrines about sovereignty and international order. The ultimate article's aim is pointing out the utility of these doctrines in order to understand war's contemporary discussion. The article is basically divided into four parts: the sovereignty's "deconstruction" drawn up by Kelsen (1), his juridical pacifism (2), Schmitt's sovereignty doctrine (3) and his juridical pacifism's critique (4). Some final lines, which connect schmittian and kelsenian

approaches about war's problem in international relations with the lacks of the contemporary discussion about this phenomenon, close this writing.

Key words: Kelsen; Schmitt; juridical pacifism; decisionism; war.

El final de la Guerra Fría permitió abrigar esperanzas de un generalizado reflujó de los conflictos regionales que, en virtud de la política de bloques, se traducían en guerras abiertas, del final del intervencionismo, al menos del militar, de las grandes potencias y de una revitalización de las Naciones Unidas, acompañada de su reforma en un sentido democratizador y garantista.

Paradójicamente, la década que siguió a la terminación de la guerra fría echó por tierra todas esas esperanzas. No sólo los conflictos bélicos regionales no hicieron más que multiplicarse, sino que las intervenciones militares unilaterales de los Estados Unidos y sus aliados¹, justificadas en su necesidad para restablecer la paz perturbada o para proteger los derechos humanos masivamente violados, arruinaron todo esfuerzo por reactivar, reformándolo, el sistema de Naciones Unidas.

Este intervencionismo militar justificado por razones humanitarias (o «humanitario-pacifistas») de la década de los noventa no pudo, por ello, dejar de suscitar un intenso debate desde las perspectivas ético-política y jurídica, protagonizado por autores tan acreditados o conocidos como Bobbio, Cassese, Habermas, Falk, Walzer, Huntington o Zolo.

Las posturas adoptadas ante esas intervenciones militares, agrupadas bajo el término de «guerra humanitaria» fueron muy diversas. Quienes se consideraban a sí mismos como continuadores del proyecto kelseniano garantista y pacificador de las relaciones interestatales o, con palabras de Bobbio, del ideal de «la paz a través del derecho», estaban divididos entre aquéllos que rechazaban la experiencia de la injerencia militar humanitaria protagonizada por Estados Unidos por entender que echaba por tierra todo el esfuerzo que ha contemplado la segunda mitad del siglo xx dirigido a garantizar por medios jurídico-internacionales la paz (es el caso de Luigi Ferrajoli) y los que justificaban dicha experiencia, a veces con muchas dudas y ambigüedades, argumentando que suponía por primera vez una sanción sistemática de las violaciones por parte de los estados del derecho internacional en materia del uso de la fuerza y de los derechos humanos y demostraba que ya no se podían violar impunemente la prohibición de la guerra de agresión o los derechos humanos reconocidos por la Carta de Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales (en esta postura deben incluirse autores como Habermas y Cassese). Otros, como

¹ Se puede defender que incluso la guerra del Golfo de 1991 fue una intervención militar unilateral porque la Resolución 678 del Consejo de Seguridad, que fue esgrimida para legitimar esa intervención, no constituía un consentimiento válido de Naciones Unidas.

Michael Walzer, se desentendían de los problemas jurídico-internacionales y políticos de las intervenciones militares y les proporcionaban un discurso de legitimación fundado en una versión remozada de la doctrina medieval de la guerra justa. Por su parte, Samuel Huntington sostenía que usar la fuerza para propagar en sociedades no occidentales los derechos humanos y la democracia suponía una intromisión ilegítima en la vida de las gentes de otras culturas, de otras civilizaciones, y un intento inaceptable de imponer el patrimonio político de la civilización occidental a culturas que le son extrañas. Finalmente, debe destacarse la posición original de Danilo Zolo, quien, tras una censura sin concesiones de todas las opiniones anteriores, sugería un «pacifismo débil» de contornos muy imprecisos.

El presente artículo parte de la constatación de la actualidad e importancia de ese debate de la década de los noventa a la luz del nuevo contexto militar mundial subsiguiente a los atentados del 11 de septiembre de 2001, dominado por la llamada «guerra contra el terrorismo», pero no es su pretensión ocuparse del mismo como su objeto, puesto que posee muchas más dimensiones (jurídica, ético-política, geopolítica) de las que pueden ser abordadas en un único trabajo. Nuestro propósito es más modesto: realizar aportaciones útiles a la comprensión del debate sobre el intervencionismo militar contemporáneo a partir del análisis de las doctrinas acerca de la soberanía y el orden internacional de los dos mayores filósofos del derecho de este siglo, Hans Kelsen y Carl Schmitt. La justificación de este propósito viene dada por algo tan simple como la sorprendente semejanza entre los argumentos aportados al debate sintetizado en las líneas precedentes y las observaciones de Kelsen y Schmitt sobre el problema de la guerra y la paz en las relaciones internacionales.

Exponer las tesis de ambos autores sobre dicho problema equivale, por razones obvias, a tratar cómo conciben la soberanía y el orden internacional. Para Kelsen y Schmitt el problema fundamental de las relaciones internacionales es la conexión entre guerra y paz y estructura del orden internacional y, por tanto, cómo debe ser organizado este último para abolir o restringir la guerra. Pero, a su vez, estas cuestiones sobre el ser y el deber ser del orden internacional dependen enteramente de la concepción que se tenga de la soberanía. La imagen del orden internacional en estos autores no es más que una proyección a la esfera de las relaciones internacionales de las correspondientes concepciones de la soberanía.

El objeto, pues, de este escrito serán las concepciones kelseniana y schmittiana de la soberanía y el orden internacional.

La enorme extensión de la producción de la obra de los dos autores me obliga a seleccionar una parte de la misma, dadas las modestas pretensiones del presente artículo. Me voy a ocupar de las tesis de Kelsen y Schmitt sobre la soberanía y el orden internacional reflejadas en sus obras del período comprendido entre el fin de la primera guerra mundial y el de la segunda por dos razones. En primer lugar, porque

en este período publican justamente sus escritos más relevantes para la comprensión de los temas de los cuales nos ocupamos en estas páginas: *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, *Allgemeine Staatslehre*, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, *Reine Rechtslehre* –primera edición–, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*, *La technique du droit et l'organisation de la paix*, *Law and Peace in International Relations*, *Peace through Law* y *General Theory of Law and State*, por parte de Hans Kelsen; *Die Diktatur*, *Römischer Katholizismus und politische Form*, *Politische Theologie*, *Der Begriff des Politischen*, *Staat*, *Bewegung*, *Volk*, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte*, los artículos recogidos en *Positionen und Begriffe* y *Der Nomos der Erde*, por lo que se refiere a Carl Schmitt. Ciertamente, en el listado anterior se han incluido también dos obras fundamentales, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* y *Der Nomos der Erde*, respecto a cuya inserción en este estudio podrían elevarse objeciones a primera vista bien fundadas. Podría indicarse que la primera de estas obras, *Das Problem der Souveränität*, fue redactada durante los años finales de la Gran Guerra y que la segunda, *Der Nomos der Erde*, no fue publicada hasta 1950, por lo que deberían quedar excluidas de nuestra exposición. Entendemos, sin embargo, que hay razones todavía más válidas para sustentar la inclusión: por una parte, estas dos obras son de tratamiento obligado si se quiere hacer una aproximación al pensamiento kelseniano y schmittiano acerca de la soberanía y, por otra parte, debe tenerse presente que el kelseniano *Das Problem der Souveränität* fue publicado por primera vez en 1920 y que *Der Nomos der Erde* no es una obra original sino que se limita a refundir en un único libro tesis de Schmitt sostenidas durante los tres decenios anteriores.

La Europa de entreguerras presencia una experiencia que marca profundamente las doctrinas de la soberanía y del orden internacional que pretendemos exponer y que adquiere especial relevancia a la vista de la justificación que hemos aducido para probar el interés de una nueva toma en consideración de la filosofía política y jurídica de Schmitt y Kelsen (a saber, la utilidad de estas últimas para comprender el debate contemporáneo sobre la guerra). Esta experiencia es el intento de someter a un control jurídico internacional el principal atributo de la soberanía externa², el derecho a hacer la guerra o *ius belli*, y su fracaso en los años treinta. Este intento tuvo múltiples manifestaciones jurídicas e institucionales, las más destacadas de las cuales fueron, como se sabe, diversas cláusulas del Tratado de Versalles, el Pacto Briand-Kellogg y la

² Para la, por lo demás, generalizada distinción entre soberanía interna y externa puede consultarse LUIGI FERRAJOLI, *La soberanía en el mundo moderno*, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 126 y ss. (FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 180 pp.).

organización de la Sociedad de Naciones, precursora de las futuras Naciones Unidas. No se puede dejar de señalar ya desde este momento inicial de nuestro trabajo que ese intento y ese fracaso coinciden en el tiempo con un intento paralelo de intensificación del sometimiento a control jurídico y de la democratización de la esfera de la soberanía interna de los estados y su fracaso, como ejemplifican la constitución de la República de Weimar, la introducción del control de constitucionalidad de las leyes en Austria y Checoslovaquia o la II República española.

El análisis de las respectivas doctrinas de la soberanía y el orden internacional de Kelsen y Schmitt aquí ofrecido consta de cuatro puntos o, dicho con otras palabras, cabe descomponer su objeto en cuatro objetos parciales. Estas partes u objetos parciales son la disolución del principio de soberanía en Hans Kelsen (1), el ideal kelseniano de la pacificación de las relaciones internacionales por medio del derecho (2), el decisionismo político de Carl Schmitt y sus transformaciones (3) y, finalmente, la crítica schmittiana al pacifismo jurídico del período de entreguerras (4).

(1) El primer punto, que trata de la disolución del principio de soberanía en Hans Kelsen, está ligado, claro está, a la cuestión de cómo concibe Kelsen la soberanía. El punto de partida de nuestra respuesta a esa cuestión pasa por hacer explícitos los fines ético-políticos que guiaron en todo momento –al menos en todo momento perteneciente al período analizado– la labor intelectual de Kelsen.

Kelsen ambicionó ofrecer un instrumento adecuado para controlar por medios jurídicos el poder estatal, democratizarlo y, en el plano de las relaciones internacionales, promover la paz. El compromiso de Kelsen con estos valores es innegable, como demuestran su protagonismo en la creación del sistema austríaco de control de constitucionalidad concentrado y su agria polémica con Schmitt sobre quién debe ser el «defensor» o «guardián» de la constitución y su actividad de asesor de los departamentos de guerra y de asuntos exteriores de los Estados Unidos en el período de formación de la ONU. La teoría pura del derecho construye el instrumento para posibilitar, aunque no garantizar, la realización de aquellos valores, un modelo de derecho positivo racional sin específicos contenidos predeterminados. Para hacerlo, la teoría pura del derecho ha de depurar una doctrina del estado y del derecho público fuertemente autoritaria, la doctrina heredada de la época de los imperios de los Hohenzollern y los Habsburgo, de sus elementos ideológicos, dirigidos, en lo fundamental, a obstaculizar la democratización y juridificación del poder del estado.

De entre estos elementos ideológicos sobresale el principio de soberanía³. Frente a ese principio, Kelsen emprenderá una labor de

³ Por supuesto, y como es obvio, este principio no es exclusivo de la tradición iuspublicista criticada por Kelsen. Pero la concepción de la soberanía de la que se ocupa es la que aparece en las obras de autores pertenecientes a esa tradición, como Laband o Georg Jellinek.

«deconstrucción» o disolución que atraviesa, desde el punto de vista de la sistematización de su argumentación, por dos fases.

En una primera fase de su argumentación, Kelsen denuncia los componentes ideológicos del dogma tradicional de la soberanía, en el sentido de una falaz explicación⁴ del origen y fundamento de la validez del derecho positivo hecha con miras a la justificación de la llamada razón de estado. La doctrina tradicional de la soberanía sitúa por encima del derecho positivo un ente, el soberano, dotado de una lógica y voluntad propias que crea y transforma el derecho positivo y se somete voluntariamente al mismo. Su consecuencia natural es la razón de estado: si las necesidades o la voluntad del soberano son incompatibles con el respeto de las normas del derecho positivo, debe actuarse al margen de las mismas.

Para Kelsen esta doctrina de la soberanía no puede aceptarse. El jurista de Praga reformula el principio de soberanía para expresar con él la idea de la no dependencia del derecho positivo estatal en cuanto a su validez de cualquier otro orden normativo, ya sea el de otro estado, el derecho natural, la religión o la moral, y para expresar también la idea de la unidad de ese mismo derecho en el sentido de formar un sistema normativo fundado en un único principio de validez –la *Grundnorm* o norma fundamental–.

En una segunda fase de su argumentación, Kelsen abandona incluso este uso mucho más modesto del término soberanía. Al plantearse el problema de las relaciones entre el derecho estatal y el derecho internacional, Kelsen sostiene la existencia de dos formas de concebir éstas igualmente válidas desde el punto de vista gnoseológico: el monismo con base en la primacía del derecho estatal y el monismo con base en la primacía del derecho internacional. El primero se ajustaría a la idea de soberanía expresada en términos de teoría pura del derecho y supondría la subordinación al derecho estatal propio del derecho internacional y de los demás derechos estatales. El segundo afirma la primacía del derecho internacional, del cual los derechos estatales no serían más que órdenes jurídicos delegados, y, sobre esta base, la igualdad jurídica de los derechos estatales. Kelsen señala como preferible esta última posición por razones ético-políticas. Mientras que el monismo con base en el derecho estatal resulta coherente con la política imperialista, el monismo con base en el derecho internacional es más adecuado para defender posturas pacifistas⁵, por las cuales se decanta Kelsen. Con esta reflexión se completa el proceso de «deconstrucción» del principio tradicional de la soberanía.

⁴ Este es uno de los dos posibles sentidos que para Kelsen puede tener el término ideología. En su otro sentido, significa simplemente una determinada –e irracional– concepción de la justicia.

⁵ Debe advertirse que el pacifismo que Kelsen patrocina (y que Schmitt denigra) no es el pacifismo radical de los movimientos por la no violencia, contrarios a todo uso de la fuerza militar, sino el denominado pacifismo jurídico.

(2) La referencia que acabamos de realizar al pacifismo asociado por Kelsen a la tesis que sustenta la primacía del derecho internacional enlaza sin solución de continuidad con el segundo de los puntos de este trabajo, el ideal kelseniano de la pacificación de las relaciones internacionales por medios jurídicos. La aproximación de Kelsen a la cuestión del orden internacional está dominada por un esfuerzo constante dirigido a materializar en propuestas concretas ese ideal. Dicho ideal puede ser, a nuestro juicio, correctamente descrito haciendo uso de una categoría divulgada por Norberto Bobbio, la categoría de *pacifismo jurídico*.

El *pacifismo jurídico* se define por el objetivo que persigue y por el medio que propone para alcanzarlo. El objetivo es la abolición de la guerra, entendida como guerra entre estados, y el medio, bastante obvio a la vista del objetivo, la progresiva institución a través de mecanismos jurídicos de un estado mundial, *civitas maxima* o «superestado». Tanto aquel objetivo como este medio son asumidos por el Hans Kelsen del período objeto de nuestro artículo. Su doctrina sobre el orden y el derecho internacionales presupone la inevitabilidad de un proceso que conduce finalmente a la institución de un estado mundial u orden jurídico centralizado mundial⁶, tras atravesar diversas fases (agrupadas en dos grandes etapas ideales: la comunidad primitiva y el estado, en el marco de un orden jurídico internacional descentralizado).

Sin embargo, el estado mundial que resolverá definitivamente el problema de la guerra interestatal todavía aparece en el momento en que Kelsen escribe como una meta muy lejana, quimérica. El cometido inmediato que Kelsen se impone es contribuir a que la experiencia de las dos terribles guerras mundiales que tuvieron su escenario principal en Europa no vuelva a repetirse. Con este propósito, lanza un conjunto de propuestas concretas en los planos doctrinal, normativo e institucional.

En el plano doctrinal, se propone una recuperación de la doctrina de la guerra justa desarrollada por los tratadistas del derecho natural de los siglos XVI, XVII y XVIII adaptada a los postulados de la teoría pura. Para Kelsen, los forjadores intelectuales del derecho internacional clásico jamás reconocieron a los estados el derecho sin restricciones a emprender una guerra (*ius ad bellum*). No toda guerra debía entenderse permitida o autorizada, sino todo lo contrario. En las obras de estos autores se consideraba que algunas guerras estaban prohibidas, en tanto que crímenes o ilícitos jurídico-internacionales, mientras que otras estaban permitidas o autorizadas, en tanto que sanciones jurídico-internacionales.

⁶ Una de las consecuencias fundamentales de la crítica kelseniana del dogma tradicional de la soberanía es la identificación entre estado y orden jurídico centralizado. El estado no es algo distinto a su derecho positivo, no es otra cosa que un tipo de orden jurídico cualificado por el hecho de reservar la creación y aplicación del derecho a órganos especializados y no a todos los miembros de la comunidad en general, como ocurría, al entender de Kelsen, en el caso de las comunidades primitivas.

Sobre la base de esta reivindicación de una tradición de la guerra justa interpretada en términos de teoría pura, propugna Kelsen en el plano normativo jurídico-internacional la prohibición de la guerra de agresión y su, en palabras de Schmitt, «criminalización», es decir, la posibilidad de exigir responsabilidades jurídicas individuales a los titulares de los órganos estatales por las guerras ilícitas que acometan.

Finalmente, en el terreno institucional, se aboga por la creación de una organización para el mantenimiento de la paz en la cual se irán integrando todos los estados. La pieza central de esa organización con vocación universal será un tribunal internacional dotado de jurisdicción obligatoria. Será ésta la propuesta kelseniana que alcanzará mayor resonancia, aunque sin apenas efectos prácticos en cuanto a su núcleo esencial (nunca ha llegado a establecerse jurisdicción internacional obligatoria alguna).

De estas propuestas puede deducirse que Kelsen confía en que la paz podrá garantizarse exclusivamente por mecanismos jurídico-internacionales prescindiendo de la consideración de las raíces profundas económicas, ideológicas y culturales de los conflictos que llevan a las guerras. Este unilateralismo o falta de interés por las complejas dimensiones de los conflictos armados es quizás el principal defecto de la actitud kelseniana ante el problema de la guerra y la paz en las relaciones internacionales.

(3) Los dos anteriores puntos de este escrito exponen las tesis fundamentales de Hans Kelsen en torno a la soberanía y el orden internacional. Los dos siguientes puntos hacen otro tanto respecto de la filosofía política y jurídica de Carl Schmitt. El orden que hemos seguido en la exposición de estos temas, primero las tesis de Kelsen y, luego, las de Schmitt, no es arbitrario. La filosofía jurídica y política de Schmitt es ante todo una reacción a los ideales que informan el pensamiento de Kelsen, tal y como se comprueba en las cuestiones aquí tratadas. En cuanto a la cuestión de la soberanía, frente al intento kelseniano de «deconstruirla» al servicio de los objetivos de juridificación y democratización del poder, Schmitt la reivindica para poder así preservar un núcleo de poder político no sometido a controles democráticos en la era del ascenso de la democracia de masas. Por lo que se refiere a la cuestión de la guerra y la paz en las relaciones internacionales, rechaza el ideal del pacifismo jurídico de abolición de la guerra interestatal y denuncia aquellos hitos de la evolución jurídico-internacional posterior a 1918 que suelen estimarse que canalizan la progresiva materialización de dicho ideal –los ya citados tratado de Versalles⁷, Pacto Briand-Kellogg y Sociedad de Naciones, entre otros– como contraproducentes y como instrumentos al servicio del imperialismo anglosajón.

⁷ Naturalmente, aludimos en esta frase tan sólo a las cláusulas sobre la responsabilidad individual por emprender una guerra ilícita.

El tercer punto del presente trabajo está destinado a esclarecer la doctrina schmittiana de la soberanía, que es conocida desde la publicación de un conocido artículo de Karl Löwith⁸ con el nombre de decisionismo político. Schmitt prosigue aquella tradición filosófica (Hobbes y Rousseau son sus mayores figuras) que sitúa en la soberanía, en el poder soberano⁹, el origen, la génesis, del orden sociopolítico y del derecho positivo y de sus transformaciones radicales. Pero Schmitt desplaza el centro de atención del tratamiento de la soberanía del sujeto titular del poder soberano (el monarca absoluto, el pueblo o la nación) a la decisión constituyente del orden jurídico y político. Su doctrina del decisionismo político está dirigida a revelar la naturaleza de esa decisión.

La doctrina del decisionismo político puede dividirse en dos partes: la formada por los conceptos clave de decisión sobre el caso de excepción y de representación, por una parte, y la constituida por la noción de «lo político», por otra.

A la hora de emprender el estudio de los conceptos schmittianos de decisión sobre el caso de excepción y de representación es preciso no olvidar el punto del cual parte Schmitt, tal y como este autor lo formula: la imposibilidad de que el orden político-social moderno pueda asentarse sobre fundamentos seguros e incuestionables. La secularización moderna ha destruido la tradición común indiscutida en que se fundaba el orden de la *Res publica christiana* y ha convertido el establecimiento y conservación del orden en algo problemático. Según Schmitt, la decisión sobre el caso de excepción y la representación son los términos que describen adecuadamente la respuesta del mundo moderno al problema de la generación de orden socio-político.

Schmitt explica qué es la decisión sobre el caso de excepción a partir de la relación entre «normalidad» y «normatividad». El derecho positivo (la «normatividad») presupone una situación normal (la «normalidad»). La situación normal se halla gobernada por dinámicas e instituciones sociales que hacen que la conducta de los individuos sea regular y, por tanto, previsible. La previsibilidad, la calculabilidad de la conducta de los agentes jurídicos, la seguridad jurídica en suma, que tanto obsesiona al pensamiento liberal, no es resultado de las normas, de la «normatividad», sino de su ajuste a la «normalidad».

En el mundo moderno, esta «normalidad», que es, en definitiva, otro modo de referirse al orden sociopolítico, no es algo que pueda darse por descontado. La «normalidad», el orden, está siempre en peligro, amenazado de crisis, de disolución. El momento de crisis de la «normalidad», del orden, es la situación o caso de excepción.

La situación de excepción es, desde el punto de vista jurídico, imprevisible y comporta la inaplicabilidad de un derecho positivo que hace referencia a una realidad que ya no existe. La emergencia del

⁸ KARL LÖWITH, *Politischer Dezisionismus* (1935).

⁹ Cuestión aparte es que se dé razón de la institución del poder soberano en esta tradición recurriendo a la teoría del contrato social.

caso de excepción y las respuestas a las crisis sociopolíticas no pueden ser previstas por ningún sistema normativo, sólo pueden ser decididas, sólo pueden ser objeto de una decisión. Esta decisión, en tanto que constitutiva de un nuevo orden, es la decisión soberana.

La representación, según Schmitt, es el concreto instrumento que permite que la decisión sobre el caso de excepción se traduzca efectivamente en orden sociopolítico. Schmitt concibe la representación como el fenómeno de encarnación o personificación en una autoridad de los ideales ético-políticos comunes fijados por la decisión sobre el caso de excepción. Sin una representación de esta clase, los ideales ético-políticos socialmente integradores no son imaginables ni concebibles.

La comprensión de la génesis del orden político-social que gira alrededor de las ideas de decisión sobre el caso de excepción y de representación se completa con la noción de «lo político». La decisión sobre el caso de excepción no tiene lugar en el vacío, sino sobre el trasfondo de una era, la modernidad, dominada por la constante posibilidad de emergencia de un conflicto colectivo caracterizado por su intensidad o valor existencial y por su sentido excluyente, que son los rasgos que definen, a juicio de Schmitt, «lo político». No es de extrañar, por tanto, que, para Schmitt, el arquetipo del conflicto político moderno sea la guerra, ya sea la guerra civil o la guerra interestatal.

El desafío que plantea Schmitt al mundo moderno secularizado con su «concepto de lo político» es cómo generar orden sobre ese trasfondo de constante riesgo de irrupción del conflicto político violento. Y este desafío únicamente puede afrontarse, siempre al entender del jurista alemán, haciendo una distinta evaluación de los varios modos de violencia política: neutralizando algunas formas de conflicto político –las que resultan en guerra civil– por medio del recurso a otras –la guerra interestatal–¹⁰. El conflicto político violento es tanto aquéllo que debe ser neutralizado, en su forma de guerra civil, para establecer orden sociopolítico en la modernidad, como el factor –la «materia prima», si se me permite la expresión– a partir del cual construir de un modo «decisionista» ese orden.

(4) Esta valoración positiva por parte de Schmitt de la guerra interestatal nos introduce en el cuarto punto de este escrito, dedicado a la crítica schmittiana al *pacifismo jurídico*¹¹. Con el fin de entender la actitud de Schmitt ante el *pacifismo jurídico*, se deben tomar en consideración tres cuestiones: su trayectoria política e intelectual bajo el

¹⁰ Ésta es la razón por la cual, en los textos schmittianos, el llamado –enemigo interno– sólo pueda esperar su liquidación, mientras que, en el ámbito de la guerra entre estados, se defiende la compatibilidad entre guerra y trato humanitario para el enemigo.

¹¹ Naturalmente, Schmitt, al igual que Kelsen, no utiliza nunca las palabras *pacifismo jurídico*. Sin embargo, las doctrinas consideradas, en los términos del primero, como propias del «movimiento pacifista» pueden ser adecuadamente designadas con la categoría de *pacifismo jurídico*.

nazismo, su crítica al pacifismo jurídico propiamente dicha y su propuesta de un nuevo modo de organizar las relaciones internacionales.

En cuanto a la primera de estas cuestiones, la relación entre Schmitt y el nazismo, existen dos razones que nos mueven a llamar la atención sobre la misma. En primer lugar, aunque obras importantes de Schmitt publicadas con anterioridad al ascenso de Hitler al poder contienen críticas al pacifismo jurídico –como, por ejemplo, el mismísimo *Der Begriff des Politischen*–, la mayor parte de lo escrito por Schmitt sobre el asunto que desarrollamos en el capítulo cuarto vio la luz en el período comprendido entre 1933 y 1945. En segundo lugar, considero conveniente enunciar mi rechazo a una interpretación de la obra schmittiana de esta época impulsada por un sector de iusfilósofos y especialistas en derecho constitucional españoles que está alcanzando cierto predicamento en nuestro país. Según esta interpretación¹², la obra del Schmitt posterior a 1933 responde a una concepción de fondo iusnaturalista y liberal conservadora muy alejada, a pesar de las apariencias, del ideario nazi. Este artículo presupone justamente la opinión contraria: esa obra es el producto de una radicalización de la doctrina del decisionismo político destinada a aportar una específica justificación del régimen nazi¹³.

La crítica schmittiana al *pacifismo jurídico* propiamente dicha tiene su base en el rechazo del universalismo racionalista que, a su juicio, presupone el *pacifismo jurídico*. El *pacifismo jurídico* persigue como meta final la abolición de la guerra por medios jurídico-institucionales. Pero un estadio de ese tipo, una situación de completa pacificación de las relaciones humanas intergrupales, exige, junto con la desaparición de toda forma de conflicto político violento, la consiguiente uniformización de las convicciones ético-políticas de todos los seres humanos. Como, para Schmitt, los ideales ético-políticos de los colectivos humanos no son determinables mediante la discusión racional, ni la indagación del contenido de un derecho natural, sino por medio de la decisión soberana, la doctrina del *pacifismo jurídico*, según este mismo autor, no expresa otra cosa que una pretensión de dominación política universal, una pretensión que tiene un concreto sujeto portador, el imperialismo anglosajón (inicialmente británico y, en una fase sucesiva, norteamericano). Los juristas y filósofos exponentes del pacifismo jurídico son, consciente o inconscientemente, voceros de ese imperialismo.

¹² Podemos verla plasmada en muchas de las contribuciones a una obra colectiva editada hace ya una década por la Fundación Cánovas del Castillo, *Estudios sobre Carl Schmitt* (AAVV., *Estudios sobre Carl Schmitt*, Madrid, Fundación Canovas del Castillo, 1996, 486 pp.).

¹³ Para un tratamiento detallado de esta cuestión me permito remitirme a mi monografía *La palabra de Behemoth*, publicada en Trotta recientemente (CAMPDERRICH BRAVO, R., *La palabra de Behemoth. Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt*, Madrid, Trotta, 2005, 255 pp.).

La censura schmittiana del *pacifismo jurídico* no se conforma con vincularlo con un determinado centro de poder, sino que advierte de las perversas consecuencias a que puede llevar esta doctrina. El *pacifismo jurídico*, al justificar ciertas guerras (las guerras «para acabar con todas las guerras» o las denominadas «operaciones de policía internacional») por su necesidad para la protección de valores o intereses comunes a toda la humanidad, destruye paradójicamente la humanización y restricción dentro de ciertos límites de la guerra interestatal que se había alcanzado bajo el derecho internacional público clásico. Unas guerras que enfrentan en su seno los defensores de la Humanidad y los enemigos de la Humanidad sólo pueden concluir con la capitulación sin condiciones o la aniquilación de estos últimos.

Como pretendida alternativa al *pacifismo jurídico*, Schmitt propugna durante los años de la segunda contienda mundial una nueva estructuración del orden internacional, propuesta que es consecuencia natural de su compromiso con el régimen nazi. Frente a un orden internacional estructurado en una pluralidad de estados soberanos, que ha entrado definitivamente en crisis, y frente a la pretensión de dominio mundial anglosajón, Schmitt proyecta una nueva ordenación del espacio terrestre. Esa nueva ordenación, cuyas unidades organizativas fundamentales ya no son los estados, sino «imperios» que ejercen su hegemonía sobre gigantescos espacios continentales, es la versión schmittiana del proyecto del *Großdeutsche Reich* nazi.

Una vez expuestos los cuatro anteriores puntos acerca del pensamiento jurídico-político de Kelsen y Schmitt, puedo retomar de nuevo la razón que aduje al comienzo de este artículo para justificar el interés de un estudio sobre unas concepciones de la soberanía y el orden internacional de las cuales nos separan ya más de cincuenta años.

Del análisis de las doctrinas de Kelsen y Schmitt se desprenden dos modos de aproximarse al problema de la guerra y de la paz en las relaciones internacionales. El modo de aproximación kelseniano se representa la guerra como un producto de la fragmentación del mundo en una pluralidad de estados soberanos. Su objetivo es la progresiva abolición de la guerra mediante la ideación, sobre el modelo de la llamada *domestic analogy*¹⁴, de instrumentos jurídico-institucionales internacionales que limiten el poder de los estados de recurrir a la guerra para solventar sus controversias o dar rienda suelta a sus ansias de dominio.

¹⁴ La *domestic analogy* considera que en la esfera de las relaciones internacionales tendrá lugar inevitablemente un fenómeno de concentración de poder similar a aquél que permitió el paso de la comunidad primitiva al estado. El orden internacional es representado como una magna comunidad primitiva cuyos miembros, los estados, –se toman la justicia por su mano– en sus relaciones mutuas. Al igual que la sustitución como forma de organización social de las comunidades primitivas por los estados fue un progreso, siempre según esta representación de la evolución de la humanidad, que redujo el grado de violencia interna a una sociedad, la solución del problema de la guerra en las relaciones internacionales se halla en la creación de una organización jurídico-política universal supraordenada a los estados.

El modo de aproximación schmittiano, en cambio, es, sobre todo, un revulsivo del *pacifismo jurídico*. Más allá de la fortísima carga ideológica y carácter circunstancial de los escritos de Schmitt —no debe jamás olvidarse que reflejan el nacionalismo alemán de entre-guerras impregnado de revanchismo y sus sueños imperiales más extremos—, se formula en ellos dos críticas radicales al pacifismo jurídico que merecen ser tomadas muy en serio: *a)* dadas las profundas raíces del conflicto político moderno¹⁵, la confianza en que los instrumentos jurídico-normativos solventarán el problema de la guerra carece de toda base y *b)* la doctrina del pacifismo jurídico es la expresión ideológica de la pretensión de hegemonía mundial de unos determinados centros de poder.

Sin duda alguna, esos dos modos de aproximarse al problema de la guerra y la paz en las relaciones internacionales siguen siendo válidos hoy en día para tomar postura en el debate reciente sobre el fenómeno de la guerra, como lo demuestran los innumerables artículos y libros mediante los cuales los protagonistas del mismo han manifestado su opinión. Mientras que Bobbio, Ferrajoli, Cassese y Habermas, entre otros, reivindicán y proponen de nuevo como solución para todos los males el *pacifismo jurídico* de raíz kelseniana, autores como Huntington o Zolo utilizan, desde perspectivas muy diferentes, argumentos idénticos a los pergeñados por Schmitt para privar de todo valor a éste.

Quizás la principal enseñanza que pueda extraerse de este hecho, la centralidad en el debate contemporáneo sobre la guerra de un modelo de pacificación de las relaciones internacionales y de un rechazo del mismo idénticos a los formulados por Kelsen y Schmitt, sea la insuficiencia de una discusión que sigue moviéndose entre el retorno a un pasado irrecuperable (la doctrina del pacifismo jurídico sólo tiene sentido a la luz de una representación del orden internacional que ya no se corresponde con la realidad) y una crítica radical que no aporta vías de solución a las causas de los conflictos que conducen a las guerras, en general, y a las guerras «humanitarias» o «contra el terrorismo», en particular.

¹⁵ Desde luego, no ignoro que la posición de Schmitt se halla lastrada por su propio unilateralismo. Schmitt no muestra el más mínimo interés por las concretas razones de fondo económicas, sociales y culturales de los conflictos.

La constitución social de la propiedad: Bentham frente a Locke

Por LUIS M. CRUZ
Universidade da Coruña

RESUMEN

Tanto para Bentham como para Locke la propiedad surge de la necesidad. De la necesidad de poder establecer y desarrollar las propias expectativas, en el caso de Bentham; de la necesidad de la propia conservación, en el de Locke. También para estos dos pensadores, las reglas establecidas por la sociedad civil se justifican porque se consideran como un medio imprescindible para la protección de la propiedad. Sin embargo, para Bentham la propiedad no puede constituirse individualmente como sostiene Locke, sino que depende de la coordinación social de las expectativas. Este artículo tiene por objeto analizar tanto la crítica de Bentham a la defensa lockeana del derecho de propiedad, como su propuesta utilitarista.

Palabras clave: *Propiedad, utilidad, igualdad, Bentham, Blackstone, Locke.*

ABSTRACT

Bentham believes, as well as Locke, that property arises from necessity. For Bentham, from the necessity for being able to establish and develop own expectations; for Locke, from the necessity for self conservation. These two thinkers also believe that the rules established by civil society are based on the fact that they are considered essential means for the protection of property. Nevertheless, for Bentham, the property cannot be constituted individually, as mentioned by Locke, because it depends on the social coordination of expectations. This article deals with the critic Bentham

does to the Lockean defense of the property right, and his utilitarian proposal.

Key words: *Property, utility, equality, Bentham, Blackstone, Locke.*

SUMARIO: 1. BLACKSTONE: PROPIEDAD Y *COMMON LAW*. 2. BENTHAM Y LA PROPIEDAD: 2.1 *La necesidad de la propiedad para el hombre: propiedad y utilidad.* 2.2 *La protección de la propiedad.* 2.3 *Propiedad e igualdad.* 3. BENTHAM FRENTE A LOCKE: ¿EXISTE UN DERECHO NATURAL A LA PROPIEDAD?

El concepto de propiedad es, sin duda alguna, un concepto central del liberalismo clásico. Entre los autores de esta tradición más influyentes al respecto, nadie duda tampoco en nombrar a John Locke (1632-1704). Junto a este reconocimiento se suele también resaltar que la defensa lockeana del derecho de propiedad, entendido como derecho natural a poseer un dominio exclusivo sobre la propiedad privada, es la posición característica de liberalismo británico del siglo XVIII¹. Para Jeremy Bentham (1748-1832), por el contrario, la propiedad no puede constituirse individualmente, sino que depende de la coordinación social de las expectativas. Su utilitarismo puede entenderse así como un compromiso con la seguridad y con la prioridad de las expectativas de utilidad, lo cual permite una concepción de la igualdad que pretende ser neutral frente a las respectivas comprensiones del placer o la felicidad de cada individuo.

El pensamiento de Bentham sobre la propiedad es deudor en gran medida de la crítica a la propuesta lockeana realizada por William Blackstone (1723-1780), que se encuentra en sus *Commentaries on the Laws of England*. Tanto Bentham como Blackstone consideran la propiedad un artificio, una cuestión de derechos establecidos mediante un elaborado sistema de reglas sociales, cuya justificación se debe a razones de bienestar público. El punto donde divergen es precisamente en el modo como debe ser regulada la institución. Así, mientras que Blackstone defiende el *common law*, junto con el *statute law*, como medio para su protección, Bentham considera que sólo con la ley puede cumplirse este fin de manera satisfactoria y eficaz.

¹ La posición de Locke sobre la propiedad puede encontrarse, entre otros lugares, en el siguiente pasaje de su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*: «Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos, podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo es, por consiguiente, propiedad suya. Pues al sacarla del estado común en el que la naturaleza la había puesto, agrega a ella algo con su trabajo, y ello hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres». LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, MELLIZO, C. (editor y traductor), Alianza, Madrid, 1996, § 27, pp. 56-57.

1. BLACKSTONE: PROPIEDAD Y *COMMON LAW*

Blackstone es una de las principales figuras del derecho inglés y, junto con Edward Coke (1552-1634) y Matthew Hale (1609-1676), uno de los representantes más importantes de la teoría clásica del *common law*². Sin embargo, a lo largo de sus *Commentaries on the Laws of England* no sólo se encuentra una sistematización del derecho inglés, sino también una defensa político-ideológica de sus instituciones más características, entre las que aparece la propiedad³.

Blackstone parte de la tesis de que existe un derecho natural a los bienes en el estado de naturaleza. No obstante, dicho derecho es entendido no como un derecho a la propiedad, sino a usar de los bienes en beneficio propio. La tierra y todo lo que la contiene, sostiene Blackstone, fue dada originalmente a los hombres en común y, por ello, pertenece a toda la humanidad. Sin embargo, su uso no ha sido común, sino privado; y, precisamente, fue ese uso el que generó el derecho de propiedad: «Por la ley de la naturaleza y la razón, aquél que primero empezó a usarla adquirió una clase de propiedad pasajera, que duró tanto tiempo como fue usada, y no más; o, para hablar con más precisión, el *derecho* de posesión continuó por el mismo tiempo que duró el *acto* de posesión. Por tanto, la tierra era común, y ninguna parte de ella estaba en propiedad permanente de un hombre particular; además, cualquiera que estuviera ocupando un punto determinado de ella, para descansar, para dormir, o lo que fuera, adquiriría por ese tiempo una suerte de propiedad sobre él, de modo que hubiera sido injusto, y contrario a la ley de la naturaleza, haberle movido por la fuerza; pero en el instante en que abandonase el uso o la ocupación, otro podría tomarlo sin injusticia»⁴.

Por lo tanto, el derecho natural sobre los bienes se extiende únicamente durante el tiempo que dura la ocupación para su uso. El derecho es al uso; es temporal (mientras se usa), no permanente. Por ello, no incluye ningún derecho de alienación o herencia.

² Según esta teoría, llamada también «declarativa», el *common law* existe independientemente y antes de la decisión judicial, es decir, hay un cuerpo de derecho preexistente o sistema de reglas disponibles para la aplicación a cualquier situación que pueda surgir. Las decisiones de los tribunales no serían más que la evidencia o manifestación del derecho. Cfr. ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el common law*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 25-31; CRISCUOLI, G., *Introduzione allo studio del Diritto inglese. Le fonti*, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 367-375; y PEREIRA MENAUT, A. C., *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, pp. 6-8.

³ Para la elaboración de las ideas de Blackstone sobre la propiedad nos ha sido de gran ayuda el trabajo de WHELAN, F. G., «Property as Artifice: Hume and Blackstone», *Property (Nomos. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*, núm. 22), ROLAND PENNOCK, J. y CHAPMAN, J.W. (eds.), New York University, New York, 1980, pp. 101-129.

⁴ BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, p. 3. Se cita por el volumen y la página de la 5ª edición, reeditada por Professional Books Limited, Oxon, 1982. Mientras no se diga lo contrario, la traducción de todos los textos es nuestra.

Blackstone es consciente de que su posición respecto al derecho de propiedad choca contra el sentir común de muchos de sus coetáneos (en concreto la posición lockeana), para quienes este derecho se entiende como «el dominio único y despótico que un hombre reclama y ejercita sobre las cosas externas del mundo, con total exclusión del derecho de cualquier otro individuo en el universo»⁵. Sin embargo, para Blackstone no hay «una fundamentación en la naturaleza ni en la ley natural» de este derecho, entendido como un dominio único y despótico sobre las cosas.

Así pues, el derecho natural sobre los bienes tal y como Blackstone lo concibe no provee un fundamento para la propiedad en la sociedad civil y, de hecho, sería incompatible con el orden civil, ya que con el establecimiento de la sociedad civil es reemplazado por un sistema positivo de derechos de propiedad que difiere del natural. Los derechos civiles de propiedad protegen la posesión de la cosa de manera permanente, independientemente de que ésta sea utilizada o no. Además, existen unos derechos de alienación y sucesión, creados enteramente por el derecho, que amplían las facultades naturales sobre los bienes. De hecho, para Blackstone, los derechos de propiedad basados en la mera ocupación, aunque se mantienen como último resorte para la solución de conflictos, deben ser restringidos lo más posible en interés de la paz social⁶.

Para Blackstone, el origen del derecho de propiedad entendido no meramente como protección de su uso, sino también de su titularidad, surge cuando la humanidad crece en número, astucia y ambición, de modo que «se hace necesario desarrollar concepciones de un dominio más permanente, y apropiarse a los individuos no únicamente el *uso*, sino la *sustancia* de la cosa que ha de ser usada. De otra manera, los tumultos hubieran sido innumerables, y el buen orden del mundo hubiera sido continuamente roto y perturbado, mientras toda clase de personas estarían esforzándose por obtener la primera ocupación sobre la misma cosa, o disputándose quién de ellos la habría ganado»⁷.

Por lo tanto, es la amenaza de que no pueda ser aprovechada la cosa lo que da origen a la necesidad de una protección no sólo del uso sino también de la posesión, es decir, del dominio. Así, es la necesidad la que engendra la propiedad «y, en orden a asegurar dicha propiedad, el recurso fue tener la sociedad civil, que trajo con ella una larga cadena de compañeros inseparables: estados, gobierno, leyes, castigos y el ejercicio público de deberes religiosos»⁸.

De este modo, sólo existe un derecho de propiedad, entendido como «el libre uso, disfrute y disposición de todas las adquisiciones,

⁵ BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, p. 2.

⁶ Cfr. BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, p. 168.

⁷ BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, p. 4.

⁸ BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, p. 8.

sin ningún control o disminución»⁹, en la medida en que esté reconocido por el derecho del país (*the law of the land*), que integra tanto el *common law* como el *statute law*.

Para Blackstone, siguiendo a Hale¹⁰, el derecho de Inglaterra (*the law of England*) es de dos tipos: el derecho escrito o *statute law*, constituido por las leyes elaboradas por el Parlamento; y el derecho no escrito o *common law*, formado básicamente por costumbres generales¹¹. Conforme a esta distinción Blackstone estructura la protección de la propiedad. Así, la mayoría del derecho relacionado con la propiedad real (los bienes inmuebles)¹² pertenece al *common law*, ya que la mayor parte de las reglas y precedentes que regulan este tipo de propiedad proviene del período anterior a que el Parlamento inglés tomara las prerrogativas de una legislatura soberana y no han sido afectados por ninguna ley parlamentaria. Por el contrario, la propiedad personal (los bienes muebles)¹³ viene regulada por el *statute law*, un hecho que, a juicio de Blackstone, refleja la importancia de este tipo de propiedad en aquellos tiempos, caracterizados por el aumento del comercio¹⁴.

Puesto que el único derecho de propiedad natural o presocial que Blackstone reconoce es un derecho de ocupación para el uso, todo derecho de sucesión, herencia y alienación han de ser entendidos como artificios jurídicos. Entre ellos, la herencia es considerada por Blackstone como el más antiguo y universal; lo cual se refleja —a su juicio— en la elaboración de las reglas del *common law* para esta materia. De ahí el error de Locke al considerar la herencia como un derecho natural: «Tenemos la tendencia de concebir a primera vista que [la sucesión hereditaria] tiene una naturaleza propia; pero a menudo confundimos con naturaleza lo que encontramos establecido por una costumbre antigua e inveterada. Es ciertamente una creación sabia y eficaz, pero claramente política; puesto que el derecho permanente de propiedad, que recae en el antepasado mismo, no es un derecho *natural*, sino meramente *civil*»¹⁵.

⁹ BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, p. 138.

¹⁰ Cfr. HALE, SIR M., *The History of the Common Law of England*, GRAY, C.M. (ed.), Chicago University Press, Chicago, 1971, p. 22.

¹¹ Cfr. BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, pp. 63 y 67. El *common law* está integrado, también, por ciertas costumbres particulares y por leyes particulares que son observadas por costumbre en algunos tribunales y jurisdicciones.

¹² «Las cosas reales son permanentes, fijas, e inamovibles, (...) no pueden ser llevadas fuera de su sitio; como los terrenos y la vivienda». BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, p. 16.

¹³ «Las cosas personales son bienes, dinero, y todas las demás muebles; (...) concurren en la persona del propietario a donde quiera que vaya». *Ibidem*.

¹⁴ Cfr. BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, pp. 384-385.

¹⁵ BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, p. 11 (los corchetes son nuestros). A su juicio, lo que la ley de la naturaleza realmente sugiere es que «a la muerte del poseedor la hacienda sea otra vez común, abierta al

La variabilidad de las reglas sobre la herencia es, a juicio de Blackstone, una indicación de su *estatus* artificial. Así, mientras que la regla que prescribe la línea descendente es casi universal, por el contrario, el derecho inglés, debido a razones feudales, difiere del derecho judío o romano en la prohibición de la línea ascendente¹⁶. La sucesión por vía descendente parece natural porque sigue relaciones de consanguinidad que son en sí mismas naturales. Sin embargo, el modo de reconocer grados de parentesco debe ser prescrito por el derecho; misión que ha cumplido normalmente el *common law*¹⁷.

Como ha señalado Finnis, en la definición de «objetos de las leyes de Inglaterra»¹⁸, Blackstone entiende el término derechos (*rights*) como significando algo definido e impuesto por el derecho positivo¹⁹. Algunos de estos derechos acaso están fundados en ciertas relaciones naturales entre personas (como son las relaciones de sangre, como base para disfrutar el derecho de sucesión de la propiedad) o entre personas y cosas (como el trabajo, la ocupación o el uso inmemorial), pero al mismo tiempo insiste en que su determinación y establecimiento es, no obstante, humano²⁰. Esto sucede de una manera más clara con formas de propiedad sobre cosas intangibles que poseen un origen más reciente, como son los títulos valores de la deuda nacional (*funds*). Este nuevo tipo de propiedad, que posee un enorme valor y puede ser transferido de una persona a otra, «existe sólo en nombre, en papel, en la fe pública, en la seguridad parlamentaria»²¹. Como se puede suponer, el *common law* no podía ofrecer ninguna solución a los problemas planteados por estas nuevas formas de propiedad, características de la época comercial que Blackstone está viviendo. De ahí que el derecho inglés tuviera que recurrir cada vez en mayor medida al *statute law* para poder hacer frente a los nuevos problemas que la moderna sociedad inglesa iba planteando.

Donde Blackstone se muestra más dubitativo es, precisamente, a la hora de justificar el derecho de propiedad, ya que en la mayoría de los casos se limita a ofrecer razones para aprobar el derecho de su país. En este sentido, su justificación parte de un análisis de un estado de naturaleza, en el que se refleja no tanto un estado histórico y real del

siguiente ocupante, a menos que sea ordenado de otra manera en atención a la paz civil por el derecho positivo de la sociedad». BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, p. 13.

¹⁶ Cfr. BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, pp. 210-211.

¹⁷ Cfr. BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, p. 202.

¹⁸ Estos, «objetos» serían los siguientes: los derechos personales (*the rights of persons*), los derechos reales (*the rights of things*), los injustos privados (*private wrongs*) y los injustos públicos (*public wrongs*).

¹⁹ Cfr. FINNIS, J. M., «Blackstone's Theoretical Intentions», *Natural Law Forum*, 12, 1967, p. 166.

²⁰ Cfr. BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, pp. 124-127.

²¹ BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, p. 327.

hombre, sino más bien la condición del hombre considerado como individuo, abstraído de toda relación social y civil²². La reflexión sobre esta situación es la fuente de la mayoría de las reglas de la ley natural, que le servirán para fundamentar no sólo el derecho de propiedad, sino el resto de derechos²³.

El estado de naturaleza es un estado de igualdad, libertad y comunidad de la propiedad (determinado únicamente por derechos individuales de ocupación y uso), donde todo hombre tiene el derecho a repeler las agresiones (como el robo o el incendio intencionado) a las que se vea sometido²⁴. La sociedad surge precisamente cuando ese derecho no basta para preservar la igualdad, la libertad y la comunidad de bienes y, por tanto, se hace necesaria la protección de los individuos por parte de un poder capaz de solventar las disputas.

Concretamente, el derecho de propiedad surge cuando el uso de las cosas no puede ser ya garantizado con los medios que cada uno posee naturalmente. Por tanto, la paz y el orden social quedan configurados, para Blackstone, como los ingredientes principales del contenido de la utilidad pública. De aquí se sigue, por ejemplo, la prohibición de la represalia violenta, es decir, del apoderamiento por parte de la parte lesionada de la propiedad tomada injustamente sin recurrir al proceso legal. En definitiva, el derecho promueve la paz no sólo estableciendo derechos subjetivos sino también proveyendo medios legales para compensar toda posible lesión²⁵.

En esta misma línea, Blackstone defendió la creación de ciertas reglas especiales que afectaban a la regulación de la propiedad de su época y que fomentaban el bien público. Estas reglas se entienden en el contexto de la discusión de los cambios en el derecho debidos a la evolución de la sociedad inglesa desde un sistema feudal a otro de tipo comercial en el que el bienestar social venía unido al crecimiento de los negocios y a la prosperidad económica. Así, el derecho a dividir la hacienda es justificado porque dificulta las grandes acumulaciones de propiedad, algo que «debería ser siempre fuertemente impedido en un país comercial donde el bienestar depende del número de fortunas moderadas que se dedican al comercio»²⁶. Del mismo modo, la ley que prohíbe el dominio perpetuo se justifica por razones similares, ya que mediante éste «las haciendas se muestran incapaces de responder a aquellos fines, del comercio social, y de hacer frente a las contingen-

²² Cfr. BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, p. 123.

²³ Acerca de la problemática posición de Blackstone respecto a la ley natural vid. FINNIS, J. M., «Blackstone's Theoretical Intentions», cit., pp. 163-183; LUCAS, P., «Ex parte Sir William Blackstone, «Plagiarist»; A Note on Blackstone and Natural Law», *American Journal of Legal History*, 7, 1963, pp. 142-158; y HART, H. L. A., «Blackstone's Use of the Law of Nature», *Butterworths South African Law Review*, 1956, pp. 169-174.

²⁴ Cfr. BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, p. 7.

²⁵ Cfr. BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 3, p. 4.

²⁶ BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, p. 374.

cias imprevistas de la vida privada, para las que la propiedad fue desde el principio establecida»²⁷.

Como señala Whelan, las, eso sí, infrecuentes críticas de Blackstone al derecho de su país afectan normalmente a reglas anacrónicas más propias de una sociedad feudal, cuya racionalidad resulta arbitraria en los tiempos modernos²⁸.

2. BENTHAM Y LA PROPIEDAD

Blackstone fue el primer profesor que ocupó una cátedra de enseñanza del *common law* en la Universidad de Oxford. Allí fue donde Bentham le conoció, al tomar parte en las *Vinerian Lectures* durante dos años consecutivos (1764-1766). De hecho, es evidente, por sus primeros manuscritos, que el ámbito y el desarrollo de la exposición de Blackstone estuvieron siempre en su mente y modeló sus propios esquemas e ideas sobre la naturaleza del derecho.

Al igual que Blackstone, Bentham sostiene que el fin más importante de la sociedad es la protección de la propiedad, ya que ésta es considerada el modo básico para la producción de placer, y, por tanto, la condición fundamental de la felicidad. Sin embargo, frente a Blackstone, denunciará la incapacidad del *common law* para llevar a cabo dicha protección²⁹.

Para Bentham, antes de la aparición del derecho escrito, las reglas jurídicas estaban basadas en las costumbres y estructuraban las comunidades políticas. Del mismo modo, estas sociedades podían ser reguladas mediante decisiones judiciales, las cuales guiaban la conducta de los individuos³⁰. Este derecho era beneficioso porque la comunidad era pequeña y homogénea, y podían inferirse sin dificultad las reglas que permitirían regular los posibles casos conflictivos. Pero la sociedad de su tiempo, a juicio de Bentham, había cambiado, tanto en tamaño como en sofisticación, de modo que se hacía absolutamente necesaria la reforma del derecho inglés. Su crítica al *common law*, por tanto, y su defensa de un nuevo modelo para el derecho se funda en su interpretación de las necesidades y de las relaciones sociales. El colapso de las pequeñas sociedades, homogéneas y estables, gobernadas mediante la costumbre y la confianza per-

²⁷ BLACKSTONE, SIR W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 2, p. 174.

²⁸ Cfr. WHELAN, F.G., «Property as Artifice: Hume and Blackstone», cit. p. 124.

²⁹ Sobre la crítica de Bentham al *common law* nos hemos ocupado en CRUZ, L. M., *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*, Pamplona, Eunsa, 2000, capítulo 4, *passim*. Vid. también, POSTEMA, G. J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 191-262.

³⁰ BENTHAM, J., *Papers relative to Codification and Public Instruction*, en *The Works of Jeremy Bentham*, BOWRING, J. (ed.), Edimburgo, Tait, 1843 (reeditado por Thoemmes Press, Bristol, 1995), vol. iv, p. 490.

sonal, llevaba consigo, a su juicio, la necesidad de crear una nueva estructura social que diese forma a la nueva sociedad de su tiempo.

2.1 La necesidad de la propiedad para el hombre: propiedad y utilidad

En su obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Bentham establece el principio de utilidad como aquel principio «que aprueba o desaprueba cualquier acción, sea cual sea, según la tendencia que se considere que tenga a aumentar o disminuir la felicidad de las partes de cuyo interés se trata; o, lo que viene a ser lo mismo en otras palabras, a fomentar o combatir esa felicidad»³¹.

La felicidad se identifica en el pensamiento de Bentham con la consecución del placer y la evitación del dolor. Sin embargo, no todo placer es causa de una felicidad auténtica, ni todo dolor es causa de una infelicidad. Una acción que produce un placer es una acción útil; pero esa utilidad puede ser bien una «utilidad original», en la medida en que para la consecución del placer no se tengan en cuenta otros factores más que el placer mismo; o bien una «utilidad derivada de la expectativa»³². Ésta última depende, por un lado, de la proyección del individuo en el futuro, ya que se deriva de la posibilidad de conseguir un beneficio que no se limita a un momento presente. Por otro lado, depende también de las acciones de los otros individuos, de modo que gracias a esa capacidad de expectativa, los individuos pueden planear y configurar su futuro con los demás.

A juicio de Bentham, las acciones realmente útiles, aquellas que generan una auténtica felicidad, son las que desarrollan la expectativa de los individuos, ya que permiten que el individuo no quede atrapado en placeres momentáneos que posteriormente pueden ser causa de dolores futuros. Además, gracias a esa capacidad de expectativa el individuo es capaz de coordinar sus acciones con las del resto de sus congéneres, de modo que puede prever si mediante su acción obtendrá el placer buscado. Mientras que la utilidad original tiene que ver úni-

³¹ BENTHAM, J., *The Collected Works of Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, BURNS, J. H., HART, H. L. A. y ROSEN, F. (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 11-12. (Se sigue aquí la traducción que se recoge en *Bentham. Antología*, COLOMER, J. M. (ed.), HERNÁNDEZ ORTEGA, G. y VANCELLS, M. (trads.), Barcelona, Ediciones Península, 1991, p. 46). En *A Fragment on Government* Bentham formula el principio de utilidad del siguiente modo: «es la mayor felicidad del mayor número lo que constituye la medida de lo correcto e incorrecto». BENTHAM, J., *The Collected Works of Jeremy Bentham, A Fragment on Government*, en *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, HART, H. L. A. y BURNS, J. H. (eds.), Athlone Press, Londres, 1970, p. 393.

³² Cfr. BENTHAM, J., *A Comment on the Commentaries*, en *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, cit., pp. 230-231. Sobre estos dos tipos de utilidad en el pensamiento benthamiano, vid. POSTEMA, G. J., *op. cit.*, pp. 151-162; KELLY, P. J., *Utilitarianism and Distributive Justice: Jeremy Bentham and the Civil Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 71-88; y CRUZ, L. M., *op. cit.*, pp. 103-110.

camente con la mera sensación de placer en un momento concreto, la utilidad de expectativa depende de la minimización de la contingencia dentro de la estructura en que el agente se determina a actuar. Y ello es así porque para Bentham los objetos de la acción no comprenden únicamente deseos, preferencias o intereses particulares, sino que también incluyen el deseo, la preferencia o el interés en el plan mismo de vida que cada uno tenga y, por tanto, también la propia seguridad. De ahí que en orden a minimizar la contingencia, lo cual es esencial para el establecimiento de expectativas, deba existir una estructura pública que proteja todos aquellos intereses individuales en el contexto de la interacción social. Y esa estructura pública es, para Bentham, el derecho: «Este bien inestimable, indicio distintivo de la civilización, es enteramente obra de las leyes. Sin leyes no hay seguridad: por consiguiente no hay abundancia, ni subsistencia cierta, y la única igualdad que puede existir en este estado es la igualdad en la desgracia»³³.

Por lo tanto, el derecho tiene que ver con las formas y límites de la interacción social, con las reglas que marcan las condiciones de la vida social. Y entre estas condiciones Bentham señala cuatro básicas: la persona (*person*), las posesiones (*property*), la condición de vida (*condition of life*) y la reputación (*reputation*). Sin éstas, la interacción social es imposible y, por tanto, la búsqueda individual del propio bienestar aparece totalmente desprotegida³⁴.

Como ha señalado Kelly, la formación y realización del interés presuponen la capacidad de imponer un orden y control, lo cual requiere instituciones y prácticas de acción complejas. Bajo estas instituciones y prácticas están los componentes de lo que puede denominarse «propiedad» en sentido amplio, en el que se engloban las posesiones, la condición de vida y la reputación. Las expectativas que se derivan de este sentido amplio son, para Bentham, la fuente más importante de expectativas legítimas, porque proveen las condiciones de la interacción social, marcando un dominio externo en el que los individuos pueden actuar sin ser molestados por otros³⁵. De este modo, el derecho de propiedad fija los límites que los hombres deben respetar a la hora de relacionarse con sus congéneres.

La razón por la que Bentham incluye la condición de vida y la reputación como objetos del derecho de propiedad, se debe a que los entiende como derechos individuales, es decir, porque son ejercidos por individuos particulares frente a los otros miembros de la sociedad y facilitan la búsqueda individual del propio bienestar, del mismo modo que los derechos sobre los bienes. Los derechos que determinan la interacción social no incluyen únicamente, pues, los derechos sobre la propiedad corporal, sino que deben incluir aquellos derechos que

³³ BENTHAM, J., *Principles of the Civil Code*, en *The Works of Jeremy Bentham*, cit., p. 307.

³⁴ Cfr. BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., pp. 191-194.

³⁵ Cfr. KELLY, P. J., *op. cit.*, p. 158.

determinan el *estatus* y la posición en la sociedad, así como las condiciones necesarias para cambiar dicha posición ³⁶.

Entre las condiciones básicas de la vida social, Bentham reconoce el carácter principal de la propiedad privada, ya que gracias a ésta el hombre posee las condiciones materiales para realizar su propia felicidad. La propiedad privada es un medio para la producción de placer. De este modo, para Bentham los artículos de propiedad son importantes no como fin en sí mismos, sino como medios para la producción de placer, para la formación y búsqueda de expectativas. Es decir, su valor procede de dos elementos: de su eficacia como medio y de su duración en el tiempo. La propiedad es valiosa porque puede ser «usada» para producir placer: «Un artículo de propiedad, por ejemplo un terreno, ¿por qué es valioso? Por el placer de todo tipo que permite producir a un hombre, y que viene a ser lo mismo que los dolores de todo tipo que permite prevenir» ³⁷.

Dado que el individuo debe usar activamente la propiedad, asegurar la duración será un requisito para su uso: «el valor de tal artículo de propiedad se sabe universalmente que sube o baja de acuerdo con la dilación o la brevedad temporal en que un hombre está en él, la certeza o incerteza de que llegará a poseerlo, y la proximidad o el alejamiento del momento en que, de ser así, será de su posesión» ³⁸. Si un artículo de propiedad permite la producción de placer, asegurar la duración permitirá no sólo el disfrute de tal placer, sino que el placer de expectativa continúe. De este modo, la expectativas, a su vez, pueden ser regeneradas. Por lo tanto, los hombres al mirar las cosas, no se quedan en lo que ellas son, sino que son capaces de «mirar más allá de ellas mismas», y de considerarlas como útiles que «sirven» para un fin.

Por tanto, la garantía de la propiedad debe asegurar no tanto la posesión sin más, sino su uso. Si se considera la propiedad como la parte de territorio que poseo, la posesión se caracterizará por la exclusión de los otros en ella. Por el contrario, a juicio de Bentham, la propiedad es más valiosa cuanto mayor sea el número de personas que puedan prestar sus servicios al propietario, ya que de ese modo se podrán obtener mayores beneficios de esa propiedad.

³⁶ Los derechos de protección de la persona no funcionan del mismo modo que los derechos que protegen la propiedad en un sentido amplio. Para Bentham, aquéllos son condiciones necesarias para que pueda llevarse a cabo cualquier acción y funcionan situando un límite alrededor de la persona individual. Sólo cuando el hombre está liberado de la constante necesidad de proteger su propia existencia, puede comenzar a desarrollar sus expectativas. Por ello, estos derechos consisten únicamente en la prohibición de las acciones de los demás sobre uno mismo, pero no permiten al agente que pueda tomar control de un dominio externo y modularlo para sus propios proyectos. Cfr. BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., pp. 191-192. *Vid.* al respecto, KELLY, P. J., *op. cit.*, pp. 156-159.

³⁷ BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., p. 40.

³⁸ *Ibidem*, pp. 40-41.

De este modo, la idea de propiedad se relaciona también con la de utilidad a través de la de servicio: «En la medida en que un hombre está en camino de derivar felicidad o seguridad de un objeto que pertenece a la clase de las *cosas*, se dice que tal cosa es su *propiedad*, o por lo menos que tiene una *propiedad* o un *interés* en ello (...). En la medida en que un hombre es capaz de derivar felicidad o seguridad de las personas, se dice que es en virtud de sus *servicios*: en virtud de algunos servicios que, por alguna clase de incitación, ellos pueden disponerse a realizar»³⁹.

Esto no significa que Bentham entienda que los servicios prestados por una persona a otra deban entenderse como una forma de esclavitud. A su juicio, lo que diferencia el servicio de la esclavitud radica en que en ésta el servicio se realiza con una ausencia total de estímulos de recompensa, y con inseguridad en la condición de servidor: «Un hombre libre produce más que un esclavo. Que se ponga en libertad a todo los esclavos que posee el amo: éste perderá sin duda una parte de sus bienes, pero los esclavos producirán en total no solamente lo que el amo pierde sino mucho más (...). Concurren dos circunstancias que disminuyen el producto de los esclavos: la ausencia de estímulos de recompensa, y la inseguridad de este estado (...). Todo el trabajo que puede evitar es una ganancia para él; y todo lo que pierde es una pérdida únicamente para el amo. ¿Qué motivos puede tener un esclavo para inventar nuevos medios de trabajar más y mejor? Para perfeccionar es necesario pensar; y pensar es un trabajo que nadie se toma sin motivo. El hombre degradado hasta el punto de no ser más que un animal de servicio, nunca se eleva sobre una rutina ciega, y las generaciones se suceden sin que haya progreso»⁴⁰. Como Bentham mismo afirma, «para la mayoría de los esclavos no hay mañana», todo es puro presente, de modo que su capacidad de expectativa es nula y, por ello, no hay un compromiso activo en generar placer a través del trabajo. El único fin de esa actividad emprendida estará en el nivel de los animales, a saber, el mantenimiento de la subsistencia.

Mediante la seguridad, el hombre puede planear proyectos de vida amplios, puede coordinar sus acciones con las de otros hombres en orden a obtener una mayor felicidad. De este modo, el dominio de la propiedad privada guía también la expectativa de los otros al prohibir aquellas acciones que necesariamente interfieren en la propiedad de otro. La posesión de derechos de propiedad genera, pues, expectativas tanto sobre el titular como sobre los otros miembros de la sociedad. Así, gracias a la existencia de este marco preciso cada individuo puede buscar su propia felicidad sin interferir sobre la felicidad del resto de individuos con los que se relaciona.

Pero la propiedad privada no es la única condición para la consecución de la felicidad. Junto a ésta Bentham incluye la condición benéfi-

³⁹ *Ibidem*, p. 192.

⁴⁰ BENTHAM, J., *Principles of the Civil Code*, cit., p. 345.

ca de la vida⁴¹ y la reputación⁴². Por un lado, la condición que posee cada uno en la sociedad, es decir, el *estatus* (como marido, esposa, hijo, empleado, funcionario, etc.), ayuda a determinar el mundo en el que cada uno actúa y da nacimiento a expectativas cruciales para el mantenimiento de la continuidad y coherencia personal. Dichas expectativas proyectan una concepción del yo en la sociedad, ya que la personalidad individual es determinada por el *estatus* dentro de una sociedad y por las relaciones sociales particulares que cada uno disfruta. Por otro lado, la reputación no hace referencia a la posición social que uno ocupa en la sociedad, sino a cómo es visto en sociedad. Así, depende de la reputación de una persona que los demás estén dispuestos a realizar contratos con esa persona. Por ello, si la reputación no llega a ser objeto de seguridad, la persona afectada no será capaz de formar ningún interés que se presupone en la expectativa de realizar un contrato. Y sin la posibilidad de extender la esfera de acción a través de las relaciones de origen contractual, esa esfera puede llegar a ser extremadamente limitada. La reputación es una creación pública derivada de las expectativas de los demás, basadas en la conducta pasada de una persona y en su condición en la vida, que ayuda a guiar a otros en la formación de su interés y sus proyectos. Por eso mismo, funciona como un componente de la propiedad en su sentido amplio.

2.2 La protección de la propiedad

Como ya se ha dicho, las expectativas juegan un papel decisivo en la acción, ya que la utilidad que se deriva de la posibilidad de conseguir un beneficio que no se limita al tiempo presente, sino que va más allá, es mucho mayor que la utilidad que se genera de acciones que no tienen continuidad en el tiempo. Por eso mismo, la garantía de tales expectativas será la condición más importante de placer, ya que permitirá la formación de un mayor número de intereses, y la salvaguarda de esos intereses frente a otros que puedan entrar en conflicto. El derecho es considerado por Bentham como aquella estructura pública que posibilita la coordinación de las expectativas, como ya se ha dicho.

A este respecto, afirma Long que el derecho transforma las relaciones de propiedad de un campo de deseos en conflicto en un tablero de ajedrez de derechos y deberes recíprocos, de poderes y obligaciones⁴³. Por ello, la propiedad, para que sea real, y no un simple deseo de los hombres, debe quedar reconocida y garantizada por el derecho. Es más, para Bentham, la propiedad es obra únicamente del derecho:

⁴¹ Cfr. BENTHAM, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, cit., p. 193.

⁴² Cfr. *Ibidem*.

⁴³ Cfr. LONG, D. G., «Bentham on Property», en *Theories of Property: Aristotle to the Present*, PAREL, A. y FLANAGAN, T. (eds.), Wilfrid Laurier University Press, Waterloo, 1979, p. 239.

«La idea de propiedad consiste en una expectativa establecida –en la persuasión de poder derivar ciertas ventajas de un objeto, de acuerdo con la naturaleza del caso–. Pero esta expectativa, esta persuasión, sólo puede ser obra de la ley. Yo puedo contar con el goce de aquéllo que considero como mío, sólo de acuerdo con la promesa de la ley que me lo garantiza. Es la ley la que me permite olvidar mi debilidad natural: es por la ley que puedo cercar un campo y dármele para cultivarlo, es la esperanza distante de la cosecha (...). La propiedad y la ley han nacido y deben morir juntas. Antes de las leyes, no había propiedad; quita las leyes y toda propiedad cesa»⁴⁴.

En este punto, tanto Blackstone como Bentham mantienen posturas similares, ya que para ambos sin derecho positivo la propiedad se reduciría únicamente a una posesión mínima e inestable. Es gracias al derecho como pueden los hombres asegurar que su trabajo no caerá en el vacío, sino que obtendrán su recompensa: «Este derecho es el que ha vencido la aversión natural al trabajo –el que ha dado al hombre el imperio de la tierra–el que ha guiado a las naciones a cesar sus hábitos nómadas –el que ha formado el amor de la patria y el de la posteridad–. Gozar prontamente –gozar sin pena– es el deseo universal del hombre: éste es el deseo terrible, pues armaría a todos los que nada poseen, contra los que poseen algo. Pero el derecho que reprime este deseo es el triunfo más espléndido de la humanidad sobre ella misma»⁴⁵.

Sin embargo, y frente a Blackstone, Bentham considera que el *common law* no puede cumplir esta misión de una manera segura: «Bajo el derecho consuetudinario no puede decirse que algo sea correcto o incorrecto. ¿Cómo iba a poderse? Correcta es la conformidad a una regla, lo incorrecto su desviación. Pero no hay una regla establecida, ni medida para discernir, ni criterio al cual apelar. Todo es incertidumbre, oscuridad y confusión»⁴⁶.

Para Bentham, la dificultad del *common law* para la protección de la propiedad no radica en que éste sea un derecho basado en la costumbre, sino que necesita del juicio particular de un juez para ser considerado como obligatorio.

Bentham realiza una distinción entre dos tipos de posesión legal. El primero de ellos, recibe el nombre de «posesión legal *de jure*», y consiste en aquella posesión en la cual «la ley ha emitido los mandatos necesarios para prohibir a otras personas que te molesten en la posesión física, o lo que viene a ser lo mismo, en la ocupación»⁴⁷. El segundo tipo es la «posesión legal *de facto*», originada cuando «el juez (*executive magistrate*), a quien los mandatos secundarios del legislador están dirigidos, hace lo que debería hacer, si es el caso, en el supuesto de que el mandato anteriormente mencionado esté estable-

⁴⁴ BENTHAM, J., *Principles of the Civil Code*, cit., pp. 308-309.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 309.

⁴⁶ BENTHAM, J., *Of Laws in General*, HART, H. L. A. (ed.), Athlone Press, Londres, 1970, p. 184.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 273-274.

cido en tu favor: o, en otras palabras, en caso de perturbación hará lo preciso para mantenerte en la posesión física contra los obstáculos humanos»⁴⁸. El título que se genera gracias a la ley se denomina «título bueno, legítimo o válido»; mientras que el que se genera por medio del magistrado es un «título actual o efectivo»⁴⁹. Como puede verse, el segundo depende enteramente del primero, es decir, si no existe un «título *de jure*» sobre una posesión el juez no puede otorgar el «título *de facto*». El problema del *common law* reside precisamente en que es el juez quien determina el título sobre las posesiones, sin que exista anteriormente un título dado por alguna ley.

Frente a la masa caótica que forma el *common law*, el instrumento que Bentham concibe como medio fundamental para la coordinación y protección de las expectativas es la ley, entendida como expresión misma de la voluntad del soberano⁵⁰. Mediante la ley se formulan criterios de validez públicos haciendo posible la creación de un orden social y una obediencia más racional. La ley, por tanto, es aquella regla y medida del actuar humano capaz de preservar la seguridad del mayor número de expectativas de los individuos, al establecer el conjunto de derechos, deberes y obligaciones de cada uno. El fin del derecho no es otro que la seguridad, una seguridad que viene a identificarse con un tipo de libertad. Para Bentham, existe una libertad que puede ser entendida como «ausencia total de coerción»: «Cuando una persona no está obligado a un acto... se dice que es libre respecto a ese acto, que posee libertad»⁵¹. En este sentido, sería absurdo decir que una ley crea o produce libertad ya que toda ley lo único que hace es constreñir y restringir las acciones de las personas y, por ello, limitarles la libertad. Lo único que hace el derecho es asegurar, en la medida de lo posible, un margen de libertad, limitando otras acciones que puedan interferirla: «Aquello que bajo el nombre de libertad ha sido tan magnificado, esto es, el trabajo del derecho, no es la *libertad* sino la *seguridad*»⁵².

Éste sería, precisamente, el segundo tipo de libertad, a saber, una libertad que se identifica con el ámbito asegurado por el derecho. Mientras que la libertad sin derecho es un estado de ausencia de restricciones y constricciones, pero en el que los hombres viven precariamente, la libertad asegurada por las leyes es de mucho más valor⁵³. Lo que los hombres necesitan es una base razonable para predecir su propio futuro individual, lo cual llega no a través de la mera posesión, sino mediante la seguridad de lo poseído. El derecho, por ello, es una fuente indirecta de libertad, a través de la producción directa de segu-

⁴⁸ *Ibidem*, p. 274.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Sobre el concepto de ley en la obra de Bentham, *vid.* CRUZ, L. M., *op. cit.*, cap. 5, *passim*.

⁵¹ Manuscrito de Bentham conservado en el University College London (UC), caja lxxix, p. 44 (1774). Citado en POSTEMA, G. J., *op. cit.*, p. 170.

⁵² *Ibidem*. Citado en POSTEMA, G. J., *op. cit.*, p. 171.

⁵³ Cfr. *Principles of the Civil Code*, cit., p. 301.

ridad⁵⁴. De este modo, la seguridad es para Bentham el principal objeto del derecho en general y de cada una de sus ramas: «En la legislación el objeto más importante es la seguridad: aunque no se hubieran hecho leyes directas para la subsistencia, se puede concebir que nadie se hubiera descuidado de ella; pero si no se hubieran hecho leyes directas para la seguridad, hubiera sido inútil hacerlas para la subsistencia. Mandad producir: mandad cultivar, y nada hacéis todavía; pero asegurad al cultivador los frutos de su industria, y tal vez habréis hecho bastante»⁵⁵.

Los hombres no se mueven en el puro presente, sino que las expectativas que poseen unen su vida presente con la futura, pasando a generaciones venideras⁵⁶. De esta forma, la disposición de expectativa hace posible planear el futuro y proteger ese futuro, mediante las leyes. Del mismo modo, la capacidad del hombre para gozar y poseer no se reduce, como en los animales, al momento presente, sino que es susceptible de generar o inducir dolores y placeres anticipadamente, haciéndose necesario, por ello, asegurar las posesiones en cuanto que es posible su pérdida en el futuro⁵⁷. Ahí radica, a mi juicio, el valor que posee el derecho para Bentham, que no es otro que el de crear y asegurar un orden social⁵⁸.

El principal objetivo del derecho es proveer la seguridad a todo ciudadano en las relaciones que cada uno tiene con los otros ciudadanos y con las autoridades gubernamentales. En ambos casos la tarea del derecho es doble. Por una lado, los derechos, deberes y obligaciones deben ser establecidos y distribuidos, de modo que todo el conjunto de relaciones sociales en el que cada individuo vive sea determinado por el derecho⁵⁹, de la misma forma que los sucesos físicos vienen determinados por las leyes de la naturaleza física. Ésta es la tarea principal del derecho civil. Por otro lado, esta estructura debe ser llevada a ejecución y efecto, deber ser aplicada y exigida. Esta segunda tarea comprende, a su vez, otras dos funciones: la sintonización y adaptación de la estructura creada a través de la adjudicación; y su mantenimiento a través de su cumplimiento⁶⁰.

2.3 Propiedad e igualdad

La función del derecho en la sociedad civil es, por tanto, asegurar la estabilidad y la seguridad de las relaciones entre los individuos entre sí, en conexión con los objetos externos de sus deseos. De ahí que la seguridad quede enmarcada como el fin primordial del derecho

⁵⁴ Cfr. POSTEMA, G. J., *op. cit.*, p. 171.

⁵⁵ BENTHAM, J., *Principles of the Civil Code*, cit., p. 303.

⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 307.

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 308.

⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 307.

⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 308-309.

⁶⁰ Cfr. POSTEMA, G. J., *op. cit.*, p. 175.

civil. La función propia del legislador, por tanto, será la de asegurar el máximo de bienestar social, proveer las condiciones en las que cada uno pueda perseguir sus propios intereses sin que se produzcan interferencias. Esto se consigue mediante la protección de la propiedad (en un sentido amplio) estableciendo derechos (*rights*) creados por la ley (*law*). Sin embargo, para que todos los individuos puedan tener las mismas oportunidades de realizar sus intereses es preciso ir más allá del principio «formal» de seguridad, y reconocer de alguna manera no sólo derechos sobre los objetos de propiedad, sino también derechos iguales, que se proteja el igual acceso a la propiedad⁶¹.

Para Bentham, el legislador no actúa nunca desde una posición original en la que no hay títulos ni derechos, sino que parte de las instituciones y prácticas sociales ya existentes. En caso contrario, no encontraría por parte de los ciudadanos una disposición a obedecer las leyes⁶². Como se ha visto, la mayor utilidad se deriva de un sistema seguro de expectativas; por ello, los requerimientos del principio de utilidad no exigen una búsqueda directa de placer, sino más bien asegurar una estructura de expectativas dentro del cual cada individuo pueda formar y perseguir sus propios intereses. Bentham es consciente de que la propiedad privada está ya distribuida a través de un orden social dado, y que dicho orden produce una estructura de expectativas. Por ello, como señala Kelly, para Bentham existe una razón *prima facie* a favor de dicho orden que se debe tener en cuenta a la hora de juzgar la aptitud de las medidas de reforma⁶³. Una continua interferencia en la distribución de la propiedad en nombre de la utilidad tiene como efecto la amenaza de las expectativas, ya que ningún individuo puede proyectar en el futuro la búsqueda de sus fines. Sin expectativas aseguradas los individuos se muestran incapaces de organizar racionalmente sus vidas y garantizar su bienestar.

Pero eso no significa que cualquier estructura de expectativas sea buena. Hay mejores y peores; y entre las mejores se encuentran aquellas que incorporan una provisión igual de las condiciones formales y materiales de la realización del interés. Esto lleva consigo necesariamente la progresiva igualación de las posesiones. Con el fin de que realmente se den las condiciones para que la búsqueda de felicidad no sea simplemente formal, el legislador debe llevar a cabo un balance entre el respeto a la estructura existente de expectativas, que entraña un cierto grado de bienestar, y el movimiento hacia una distribución que permita un mayor grado del mismo. Bentham no está interesado únicamente en la provisión de una estructura jurídica en la que cada

⁶¹ Sobre el concepto de igualdad en el pensamiento benthamiano, *vid.* KELLY, P. J., *op. cit.*, pp. 168-206, a quien hemos seguido en las líneas generales de este epígrafe.

⁶² Sobre la noción de obediencia en Bentham, *vid.* CRUZ, L. M., *op. cit.*, pp. 197-207; y, LOCHE, A., *Politica e Filosofia nel Fragment di Jeremy Bentham*, Università di Cagliari, Cagliari, 1983, *passim*.

⁶³ Cfr. KELLY, P. J., *op. cit.*, pp. 182-183.

individuo pueda formar y realizar sus intereses. También pretende crear las condiciones en las que cada individuo pueda acceder a las condiciones materiales para la realización de su interés. A su juicio, una distribución de la propiedad concentrada en manos de unos pocos limita la libertad efectiva de la mayoría, de ahí que considere necesaria la igualdad entre los poseedores. Sólo si el legislador busca esa igualdad puede la garantía de la propiedad suponer una contribución directa al máximo bienestar social⁶⁴.

El progreso industrial, comercial y económico de su época suponía para Bentham una fuente de felicidad de primer orden⁶⁵. Para promover dicho progreso la garantía de la propiedad era, a su juicio, un componente esencial. De ahí su oposición tajante a cualquier interferencia directa que afectase a la distribución existente de la propiedad. Sin embargo, para que dicho progreso pudiera llevarse a cabo era necesario que la riqueza fuera distribuida y que el número de grandes monopolios fuese cada vez menor: «Podemos observar que en una nación que prospera por la agricultura, las fábricas y el comercio hay un continuo progreso hacia la igualdad. Si las leyes no se oponen [a este progreso] – si no mantienen los monopolios – si no impiden el comercio y sus intercambios – si no permiten los dominios limitados a los herederos – las grandes propiedades serán subdivididas a sí mismas poco a poco sin esfuerzo, sin revoluciones, sin conmociones, y un número mayor de individuos participará en la ventaja de fortunas moderadas (...). La edad del feudalismo ha pasado no hace mucho; en ella el mundo estaba dividido en dos clases –unos pocos propietarios que eran todo, y una multitud de esclavos que eran nada–. Estas nobles pirámides han desaparecido o se han reducido, y sus escombros han sido arrojados al extranjero: hombres trabajadores han formado nuevos comercios, cuyo número infinito prueba comparativamente la felicidad de la moderna civilización. De ahí que podamos concluir que la

⁶⁴ Ya desde sus primeros escritos sobre derecho civil, Bentham se interesó en la necesidad de conciliar la seguridad con la igualdad. Cfr. BENTHAM, J., *Principles of the Civil Code*, cit., pp. 311-313. En sus manuscritos (no publicados hasta la fecha) Bentham señala dos principios subsidiarios del principio de utilidad, a saber, el «principio de seguridad» (*the Security-Providing Principle*) y el «principio de la justa distribución» (*the Disappointment-Preventing Principle*). Esta terminología, sin embargo aparecerá en escritos posteriores, a partir de la publicación de James Humphreys (*lecturer en derecho en el University College London* y miembro del *Lincoln's Inn* al igual que Bentham) de un trabajo titulado *Observations on the Actual State of the English Laws of Real Property, with the Outline of a Code*. Bentham escribió cerca de 1.000 folios comentando la publicación de Humphreys. Parte de estos manuscritos fueron publicados en 1827 en un artículo en la *Westminster Review* (publicado posteriormente en la edición de Bowring: *A Commentary on Mr. Humphreys Real Property Code*, en *The Works of Jeremy Bentham*, cit., vol. v, pp. 387-416). Cfr. al respecto, LONG, D. G., «Bentham on Property», cit., pp. 230-231. Se sigue para la traducción de los dos principios subsidiarios, la realizada por GÓMEZ MÜLLER, A., «Bentham y la pobreza», *Télos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, 4, 1995, pp. 12-19.

⁶⁵ Sobre la importancia de la nueva sociedad comercial en el pensamiento benthamiano, vid. DUBE, A., *The Theme of Acquisitiveness in Bentham's Political Thought*, New York / Londres, Garland Publishing, 1991, pp. 158-197.

seguridad, preservando el rango de supremo principio, conduce indirectamente al establecimiento de la *igualdad*; mientras que esta última, si se toma como la base de la ordenación social, destruiría la *seguridad*»⁶⁶.

Como se adivina en el texto anterior, un punto crucial donde Bentham hace hincapié para el progreso hacia la igualdad en la propiedad sin interferir con la estructura existente de expectativas es el derecho de sucesiones. Mediante él, Bentham propone regular la redistribución de la propiedad en virtud de la muerte del propietario y, por tanto, del cese de sus expectativas: «¿Debe haber, por ello, una oposición constante, una guerra eterna entre los dos rivales, la *Seguridad* y la *Igualdad*? Hasta cierto punto son incompatibles, pero con un poco de paciencia y habilidad puede hacerse gradualmente que coincidan. El tiempo es el único mediador entre estos intereses contrarios. Si quieres seguir los consejos de la igualdad sin contravenir a los de la seguridad, espera al momento natural que pone fin a esperanzas y temores –el momento de la muerte»⁶⁷.

Las expectativas de un hombre terminan con la muerte. Esto es así, incluso en el caso de que una persona pudiese abrigar alguna expectativa sobre la disposición de su propiedad después de su muerte. Aquellas expectativas que se extienden más allá de la vida natural de una persona son la clase más débil de expectativas, ya que no están fijadas a algo que esté en su poder una vez haya muerto. Una persona puede tomar ventaja de ciertas prácticas legales, como el testamento, para asegurar que sus deseos serán llevados a cabo tras su muerte, pero en el caso de que sean ignorados no puede sentir un desengaño. Sin embargo, esto no quiere decir que el legislador tenga las manos libres para redistribuir las fortunas, puesto que tiene que tener en cuenta el desengaño real que sufrirían los sucesores.

A juicio de Bentham, el legislador puede llevar a cabo la reforma de las reglas de sucesión, que conduzcan a la redistribución igualitaria de la propiedad, si anuncia con antelación las medidas propuestas y permite un lapso de tiempo entre su anuncio y su puesta en vigor, de manera que se pueda evitar la formación de expectativas inconsistentes con las reformas⁶⁸.

El derecho de sucesiones, por tanto, debe facilitar la ruptura de los grandes patrimonios y la redistribución de la propiedad a toda la comunidad. Además, al establecerse de modo público y claro, cumplirá con la condición de no sacrificar las expectativas de aquéllos que disfrutaban de la propiedad.

⁶⁶ BENTHAM, J., *Principles of the Civil Code*, cit., p. 313. Los corchetes son nuestros.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 312.

⁶⁸ Entre las medidas concretas que Bentham consideró oportunas para reformar el derecho de sucesiones cabe destacar la igualdad del hombre y la mujer en la sucesión (de hecho, considera que en el caso de darse alguna diferencia, debería favorecer a la mujer). Cfr. BENTHAM, J., *Principles of the Civil Code*, cit., pp. 334-336.

3. BENTHAM FRENTE A LOCKE: ¿EXISTE UN DERECHO NATURAL A LA PROPIEDAD?

Tanto para Bentham como para Locke la propiedad surge de la necesidad. De la necesidad de poder establecer y desarrollar las propias expectativas, en el caso de Bentham; de la necesidad de la propia conservación, en el de Locke. También para estos dos pensadores, las reglas establecidas por la sociedad civil se justifican porque se consideran como un medio imprescindible para la protección de la propiedad⁶⁹. El punto donde Bentham discrepa es en la consideración de la propiedad como un derecho natural a poseer un dominio exclusivo sobre la propiedad privada.

Para Locke, en el estado de naturaleza cada individuo es propietario no sólo de su propia persona, sino de su propio esfuerzo, de su trabajo. El trabajo constituye la fuente primera de la propiedad porque mediante él, el hombre imprime en las cosas su propia huella, el sello de su propia personalidad. Así que una lesión a la propiedad es, en última instancia, una lesión a la vida y a la libertad. Con el trabajo, el hombre enriquece la materia elaborada. Esa aportación hace que el objeto quede ligado al sujeto trabajador. Lo que el objeto es ahora constituye una cierta participación en lo que el trabajador es: en cierto sentido, el sujeto está presente en el objeto, y éste es parte de aquél. Tal ligazón o referencialidad del objeto respecto de quien lo ha elaborado hace que dicho objeto se convierta en propiedad de éste⁷⁰.

Como ha señalado Dumont, fundar en el trabajo la propiedad sobre los bienes es precisamente derivar un título sobre cosas exteriores de lo que de modo más evidente y real pertenece al individuo, su cuerpo y su esfuerzo; es decir, sacar provecho del sentido más amplio de «propiedad» para establecer su sentido restringido (la posesión de bienes), lo que equivale a derivar una relación jurídica entre un hombre y sus cosas de una propiedad intrínseca del individuo, y no de necesidades del orden social⁷¹.

Para Bentham, por el contrario, la propiedad no se constituye individualmente, y, por eso mismo, no puede existir un derecho natural sobre la misma. Con esto Bentham no niega que el trabajo pueda ser una condición para el reconocimiento de un derecho de propiedad. Sin embargo, para que exista tal derecho es necesario que exista un reconocimiento expreso por parte de la ley.

Podría objetarse a Bentham que este reconocimiento sigue siendo un acto tan individual como el realizado por el trabajador al reclamar

⁶⁹ Para Locke, los hombres entran en sociedad «con el fin de preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones, es decir, todo eso a lo que doy el nombre genérico de propiedad». LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, cit., § 123, p. 134.

⁷⁰ Cfr. CRUZ PRADOS, A., «Ethos» y «Polis». *Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, Pamplona, Eunsa, 1999, pp. 343-346.

⁷¹ Cfr. DUMONT, L., *Homo aequalis: Génesis y apogeo de la ideología económica*, ARANZADI, J. (trad.), Madrid, Taurus, 1999, p. 77.

para sí un derecho sobre la propiedad. Sin embargo, como trataré de mostrar, el legislador al determinar los derechos no está actuando individualmente, sino en el seno de una comunidad.

Bentham entiende por soberano o gobernante a aquella persona o asamblea de personas a quienes un cierto número de personas (los súbditos) está habituado a obedecer⁷². Por lo tanto, dos son las condiciones que debe reunir una sociedad para que pueda recibir el título de «política». En primer lugar, debe existir un hábito de obediencia por parte de los «súbditos»; y, en segundo lugar, debe haber un «gobernante o gobernantes» a los que se preste obediencia.

La expresión «hábito de obediencia» hace referencia a la comunidad en la que el individuo vive, ya que la disposición a obedecer depende, en gran medida, de las disposiciones del pueblo en general. Para que el individuo obedezca es preciso que éste considere en qué medida sus conciudadanos acatarán tal ley, ya que sólo así puede determinar si la ley producirá una utilidad general. El individuo espera que sus iguales respondan del mismo modo en que lo va a hacer él, y por eso obedece. Por lo tanto, el hábito de obediencia, como sucede con toda costumbre, se refiere siempre a una participación consuetudinaria común, ya que depende de una compleja red de expectativas recíprocas de las conductas del resto de participantes. La disposición a obedecer debe ser entendida, pues, en términos colectivos.

La soberanía descansa, de este modo, sobre un conjunto complejo de relaciones interdependientes entre los individuos, y entre los individuos y el soberano. La soberanía depende de la disposición a obedecer de los súbditos y, a su vez, dicha disposición depende de las expectativas que miran hacia el ejercicio del poder soberano. Por ello, la soberanía descansa, en último término, en la utilidad de una práctica que abarca actitudes, conductas y expectativas de los ciudadanos y del que ejercita el poder. El ciudadano, al obedecer, no hace más que seguir una regularidad de conducta, una regularidad de la que le cabe obtener un máximo provecho, ya que puede, a través de ella, configurar sus expectativas. En la medida en que existe un poder soberano, las expectativas se pueden coordinar y prever; y, por lo tanto, pueden conseguirse y asegurarse los objetos a los que se refieren. Esto es lo que genera la obediencia a los mandatos emanados de dicho poder. La sumisión surge, por ello, de la utilidad, pues sólo viviendo en sociedad puede alcanzarse el máximo de felicidad posible: «Sabemos lo que supone vivir sin gobierno: es vivir sin derechos, y lo sabemos porque tenemos ejemplos de tal forma de vida, porque lo vemos en muchos países salvajes e incluso en determinadas razas humanas, por ejemplo en los indígenas de Nueva Gales del Sur cuya forma de vida conoce-

⁷² «Cuando cierto número de personas (que podemos denominar *súbditos*) tienen el *hábito de obedecer* a una persona o a una asamblea de personas que reúnan ciertas características (a quienes podemos llamar *gobernante* o *gobernantes*), el conjunto de todos (*súbditos* y *gobernantes*) vive en estado de *SOCIEDAD política*». BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, cit., p. 428.

mos bien: carecen de hábito de obediencia y en consecuencia no tienen gobierno, al no tenerlo tampoco tienen leyes, y sin éstas no existe nada que se parezca a derechos ni a seguridad ni a propiedad. La libertad es posible con un control normal como el ejercido por las leyes y el gobierno, pero no lo es con un control irregular como pueda ser el mandato de los individuos fuertes. En tiempos anteriores al comienzo de la historia, juzgando por analogía, nosotros, los habitantes de esta parte del globo llamada Europa, nos encontrábamos en un estado similar, sin gobierno y por tanto sin derechos, sin propiedad, sin seguridad jurídica, sin libertad jurídica, con menos seguridad que las mismas bestias –cuya previsión y sentido de seguridad están más agudizados– y en lo tocante a la felicidad, en un nivel inferior al de los brutos»⁷³.

Para Bentham, una condición esencial de la felicidad en contextos sociales interdependientes es, precisamente, la existencia de un conjunto de criterios comunes y públicamente accesibles. En este sentido, una de las funciones primordiales del derecho es suministrar un apropiado punto de vista común y la elaboración de criterios públicos de evaluación, desaparecidos en la anarquía de las pretensiones individuales aisladas⁷⁴.

El soberano, por tanto, es el que decide, teniendo en cuenta cómo se comportan los individuos sobre los que gobierna; qué regularidades de conducta son las que deben seguirse y cuáles no. Su misión no es tanto crear expectativas, sino asegurarlas, de manera que puedan coordinarse el mayor número de ellas para que, de ese modo, cada individuo pueda conseguir su felicidad. Como Bentham mismo afirma, «[e]l legislador no es el dueño de las disposiciones del corazón humano, sino sólo su intérprete y ministro. La bondad de sus leyes depende de su conformidad con la esperanza general»⁷⁵.

⁷³ BENTHAM, J., *Anarchical Fallacies*, en *The Works of Jeremy Bentham*, cit., vol. ii, pp. 504-505 (ahora también en *Nonsense upon Stilts*, en *The Collected Works of Jeremy Bentham, Rights, Representation, and Reform: Nonsense upon Stilts and other writings on the French Revolution*, SCHOFIELD, P., PEASE-WATKIN, C. y BLAMIRE, C. (eds.), Clarendon Press, Oxford, 2002, pp. 329-330). Para la traducción se utiliza, con algunas correcciones, *Bentham. Antología*, cit., pp. 117-118.

⁷⁴ Cfr. POSTEMA, G. J., «Bentham on the Public Character of Law», *Utilitas*, 1, 1989, p. 44.

⁷⁵ BENTHAM, J., *Principles of the Civil Code*, cit., p. 322.

La indeterminación de la «estructura del deber» de los jueces en el Estado de Derecho*

Por J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ
Universidad de Jaén

RESUMEN

Si la «discrecionalidad» es el único mecanismo con que cuenta el sistema jurídico para resolver borderline cases, entonces los jueces y el Estado de Derecho tienen un problema serio si ese mecanismo adolece de vaguedad e imprecisión. Resolver, en los casos en los que el Derecho aplicable es inde-

* Este texto se ha beneficiado de mi asistencia al *Faculty of Law Seminar* de postgrado, impartido por los Professors Joseph Raz y John Finnis: «Topics in Political Theory and Philosophy of Law», University of Oxford, febrero-abril de 2003, y asimismo de mi participación en el «*Oxford Jurisprudence Discussion Group*» at *Faculty of Law* (Trinity College, Danson Room), *Oxford University*, coordinado por Samantha Besson y Nick Barber, durante el período de investigación posdoctoral que realicé en el *Balliol College*, University of Oxford (UK), dirigido por el Prof. Timothy Endicott, a lo largo del segundo cuatrimestre del curso 2002-2003.

Una primera versión del texto fue expuesta en el Seminario «L'indeterminazione del Diritto» que impartí a los profesores del Dipartimento di Cultura Giuridica «Giovanni Tarello» (DIGITA) de la Università di Genova (Italia) el 19 de Enero de 2005, inmediatamente después de realizar una estancia de investigación posdoctoral en dicho Departamento en los meses de septiembre a diciembre de 2004, bajo la dirección de Riccardo Guastini y Paolo Comanducci, cuyas opiniones fueron muy enriquecedoras para mi investigación; y que ha contado con el soporte económico del Instituto de Derechos Humanos 'Bartolomé de las Casas' de la Universidad Carlos III de Madrid, y de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía, instituciones a las que expreso todo mi agradecimiento. Doy las gracias a las observaciones de todos los participantes de aquel Seminario, particularmente las que me dirigieron Riccardo Guastini, Paolo Comanducci, Cristina Redondo y Pierluigi Chiassoni. Asimismo, a Rafael de Asís y F. Javier Ansuátegui por la lectura del manuscrito y sus interesantes consideraciones al texto; y especialmente a Riccardo Guastini por las inestimables sugerencias a la última versión de este trabajo que han contribuido en una proporción considerable a mejorarlo.

terminado, con mecanismos y técnicas que no son precisas tiene la siguiente consecuencia: en esa medida, en la resolución de los casos indeterminados, los jueces no cuentan con criterios precisos ni nítidos que guíen su toma de decisiones. Eso conlleva que el «deber judicial de resolver» que el Estado de Derecho les impone, y la función judicial, se impregnan asimismo de imprecisión e indeterminación.

Palabras clave: *discrecionalidad judicial; casos marginales; imperio de la ley; vaguedad; deber de resolución judicial.*

ABSTRACT

If the «discretion» is the legal system mechanism to solve borderline cases, then judges and the rule of law have an important problem because of this mechanism suffers vagueness and imprecision. Because law is vague and mechanisms and techniques are uncertain, the solution for those cases has following consequence: in that measure, in the resolution of borderline cases, judges do not have an exact and clear criterion to guide decisions. Therefore, the judicial duty of resolution imposed by the rule of law (and judicial function) is imprecise and indeterminate.

Key words: *judicial discretion; borderline cases; rule of law; vagueness; judicial duty of resolution.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS PREMISAS: DOCTRINA DE LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO Y TEORÍA POSITIVISTA DE LA ADJUDICACIÓN.—III. INCERTIDUMBRE E IMPRECISIÓN EN EL DEBER JUDICIAL DE RESOLUCIÓN.—IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El Estado de Derecho impone a los jueces el deber general de hacer justicia, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado. Este deber judicial, que es deber *legal*, está relacionado con *derechos fundamentales*, particularmente con el «derecho a la tutela judicial efectiva» de todos los destinatarios del sistema jurídico. Pero resolver y resolver haciendo justicia no es exactamente lo mismo. En este texto me voy a referir únicamente al deber de resolver como deber «formal» y «legal» que el Estado de Derecho impone a los jueces a la hora de la aplicación del Derecho, y no entraré en la cuestión de si su realización conlleva a o no el cumplimiento de la justicia material. No parece haber duda que sólo como deber formal, la obligación del juez de dar una resolución es extremadamente importante en el contenido del *rule of law*¹.

¹ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 198 ss.

El juez ha de resolver «siempre», en *todas* las controversias jurídicas que se le plantean, juzgándolas y haciendo ejecutar lo juzgado, y asimismo ha de hacerlo «conforme a Derecho», excluyendo cualquier otro tipo de criterios a la hora de fundamentar sus decisiones. Lógicamente, a la hora de la aplicación del Derecho, y durante el desarrollo de la tarea interpretativa, el sistema jurídico provee a los jueces de instrumentos y mecanismos con los que poder dar cumplimiento a este importante contenido de su función profesional. La *subsunción* y la *bivalencia jurídica* son algunos de estos dispositivos. Ellos están configurados de forma clara y nítida, y eso hace posible que cuando se plantea la aplicación del Derecho, los jueces puedan *guiar* de forma precisa, y *delimitar* de forma cierta, el proceso de toma de decisiones si se enfrentan a la resolución de casos *claros*. Eso permite que esta clase de casos sean resueltos por medio de decisiones judiciales *ciertas*, esto es, predecibles y preexistentes en el Derecho, a modo de respuesta correcta unívoca a una determinada controversia jurídica.

Pero, por el contrario, los jueces no disponen de mecanismos interpretativos de esa clase si tienen que resolver casos *indeterminados*. Así, por ejemplo, la discrecionalidad *no* es un mecanismo que, en este sentido, guíe ni delimite de forma precisa el proceso de toma de decisiones del juez. Y algo similar ocurre con las *construcciones dogmáticas* de los intérpretes (otra «forma» —y fuente— de discrecionalidad judicial) cuando son utilizadas como técnica interpretativa en la adjudicación. El deber judicial de resolver *siempre y conforme a Derecho* vincula la forma de construir la decisión judicial a la ley, a la Constitución y al Estado de Derecho, pero ¿qué «guía» la toma de decisiones por los jueces en los casos indeterminados si el Derecho aplicable es vago y además los mecanismos que el sistema jurídico proporciona a los jueces para solventar la indeterminación jurídica adolecen asimismo de imprecisión y vaguedad? La cuestión que planteo aquí es que si los jueces tienen que dar cumplimiento al *deber de resolver* también en los casos indeterminados pero no disponen de mecanismos y técnicas para guiarse en sus decisiones, ¿hay que admitir, entonces, que en esos casos este importantísimo deber judicial, que es parte del contenido del *rule of law* y revés del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se encuentra en alguna medida *indeterminado*?

Defenderé una respuesta positiva a esta cuestión cuando el juez se enfrenta a *borderline cases*. Y algo más: si esto es así, y si la vaguedad es «inerradicable» de los textos jurídicos, y también de los mecanismos y técnicas interpretativas que el Derecho proporciona a los jueces para solventarla, entonces, la imprecisión e indeterminación de la que adolece la toma de decisiones por el juez en *algunos* casos (*no* en *todos* los casos) es asimismo «ineliminable», y consiguientemente también lo es en esa medida su deber legal de resolver.

Posiblemente, un argumento que podría apoyar la aserción que aquí se hace es que en los casos indeterminados *no* es *conceptualmente posible* el que las decisiones judiciales sean «ciertas» sino «incier-

tas» en los dos siguientes sentidos: en primer lugar, en el sentido de que las decisiones judiciales son «imprevisibles», es decir, hay un alto grado de incertidumbre sobre cuál es el contenido de la decisión judicial y éste no es racionalmente predecible conforme a Derecho; y en segundo lugar, en el sentido de que *no* es posible «identificar» en el Derecho el contenido de la decisión correcta pues no hay una decisión preexistente en el Derecho como única respuesta a una determinada controversia jurídica².

Que el deber judicial de resolver pudiera, a veces, adolecer de imprecisión e indeterminación, puede ser también un problema para el Estado de Derecho si «pone en cuestión la posibilidad de que un sistema jurídico brinde respuestas unívocas»³, con los efectos consiguientes para la seguridad y certeza jurídicas, y el principio de igualdad ante la ley. Pero si esto sucede así, se plantea además en la teoría jurídica la cuestión de cómo describir el sistema jurídico del Estado constitucional de Derecho⁴ si aceptamos aquella aserción y queremos ser coherentes con ella.

II. LAS PREMISAS: DOCTRINA DE LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO Y TEORÍA POSITIVISTA DE LA ADJUDICACIÓN

Antes de desarrollar la argumentación a favor de la tesis que aquí se pretende afirmar, es necesario plantear la siguiente cuestión: si alegar que la toma de decisiones de los jueces es algo impreciso en el Derecho cuando se trata de casos indeterminados y, por consiguiente, en esa medida y en esos casos lo es, por tanto, el deber judicial de resolver que les impone el Estado de Derecho, exige aceptar la *indeterminación* de otros ámbitos del Derecho, o se trata de una tesis *aislada* que puede sustentarse sólo por sí misma. Para ello, téngase en cuenta, por una parte, que según las teorías jurídicas que acogen la indeterminación, el ámbito de la adjudicación es una de las *zonas* del Derecho afectadas *significativamente* por aquélla. Y, por otra parte, que en el ámbito de la teoría de la decisión judicial, la teoría jurídica suele relacionar (en sentido frecuentemente *semántico*) la *indeterminación* del Derecho y el contenido *incierto* de las decisiones judiciales, vinculando ambas aserciones a la *discrecionalidad judicial*, a modo de mecanismo al que

² DICIOTTI, E.: «Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato», *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1992, p. 119.

³ REDONDO, M. C.: «Teorías del Derecho e indeterminación normativa», *Doxa*, núm. 20, Universidad de Alicante y CEPC, Alicante, 1997, p. 177.

⁴ La fórmula Estado constitucional de Derecho se entiende como una *evolución* del Estado de Derecho. Cfr. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: «Estado de Derecho, crisis de la Ley y Estado Constitucional», en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002, pp. 255-272.

remite el sistema jurídico para la resolución de los *casos indeterminados*. Como pone de manifiesto Enrico Diciotti,

«con “indeterminatezza del diritto” ci si può riferire all’incertezza su quali norme siano parte del diritto, o all’incertezza su quali norme siano i significati delle norme giuridiche, oppure a entrambi i tipi di incertezza a un tempo. Del primo genere di incertezza si tratta nelle teorie della validità; del secondo genere di incertezza si tratta nelle teorie dell’interpretazione»⁵.

La *indeterminación jurídica*, en la que la certeza no es un valor absoluto del sistema jurídico⁶, puede ser definida en distintos *ámbitos* del Derecho⁷:

(a1) La tesis de la incertidumbre sobre los *criterios de validez* del Derecho⁸.

(b1) La tesis de la indeterminación de las *reglas y principios* del Derecho creado, a causa de su «textura abierta»⁹.

(c1) La adjudicación: la tesis de la *discrecionalidad judicial*¹⁰.

Frente a la indeterminación, la *completitud* del Derecho¹¹, que puede considerarse una de las tesis identificativas del no-positivismo jurídico contemporáneo en la versión (paradigma) *dworkiniana* del Derecho como *integridad*,¹² y puede delimitarse por las siguientes ideas:

(a2) La tesis de la plena identificación de los *criterios de validación* del Derecho, que incluyen el reconocimiento como Derecho de presupuestos o estándares morales¹³.

⁵ DICIOTTI, E.: «Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato», cit., p. 97.

⁶ Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J. A.: «Vaguedad y legislación. Doctrinas contemporáneas que cuestionan el “ideal de certeza” del Derecho», *Paper* presentado al *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas jurídicos comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México DF, 9 al 14 de Febrero de 2004 (en prensa).

⁷ Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J. A.: «Los ámbitos de la “doctrina de la indeterminación” del Derecho», 2006, inédito (en prensa).

⁸ HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, 2.ª edición, Clarendon Press, Oxford, 1997, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, pp. 238-276; hay trad. esp., *Post scriptum al concepto de derecho*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México DF, 2000, p. 28.

⁹ HART, H. L. A.: *El concepto de Derecho*, trad. esp. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 159-160; e ID., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 152-153. Véase, para un análisis de este concepto, BIX, B.: *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 7-10.

¹⁰ HART, H. L. A.: «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, *Sistema*, núm. 36, Mayo-1980, p. 14. Cfr. ASÍS ROIG, R. de: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 224-234, sobre los rasgos de la «creación normativa judicial».

¹¹ Cfr. DEL REAL ALCALÁ, J. A.: «La “doctrina de la completitud” del Derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo», 2006, inédito (en prensa).

¹² DWORKIN, R.: *Law’s Empire*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 225.

¹³ DWORKIN, R.: *Law’s Empire*, cit., pp. 65 ss.

(b2) La tesis de la determinación y certeza del Derecho *explícito*, y del Derecho *implícito* a través de la interpretación¹⁴.

(c2) La adjudicación: la tesis de la *respuesta correcta*¹⁵.

Desde estas dos perspectivas sobre el Derecho, pueden extraerse dos consecuencias. Será la segunda consecuencia la que se desarrolle y defienda a lo largo del texto.

Primera: desde el punto de vista de la doctrina de la *completitud*. El Derecho es un sistema *completo* si las controversias jurídicas pueden ser resueltas con decisiones judiciales *ciertas*. Pero para que este tipo de resoluciones se produzcan, presumiblemente el juez tendrá que contar con mecanismos y técnicas que le guíen de forma nítida en la toma de decisiones que resuelven el caso. Si esto es así, entonces el deber judicial de resolver que establece el Estado de Derecho es un deber preciso y bien delimitado. Una perspectiva de esta clase sobre el *deber* judicial de resolución cuya realización está abocado a decisiones judiciales ciertas deberá incluir una tesis como “(c2)”. Claro está, aceptar esta perspectiva supone admitir como *premisa* a la doctrina de la *completitud* (o de la no-indeterminación), y escogerla como la mejor explicación de la realidad del Derecho.

Segunda: desde el punto de vista de la doctrina de la *indeterminación*. Si el Derecho no siempre es un sistema completo y en algunos casos es *indeterminado*, en estos casos las controversias jurídicas no pueden ser resueltas sino con decisiones judiciales *inciertas*. Este tipo de resoluciones se producen presumiblemente porque el juez no cuenta con mecanismos y técnicas que le guíen de forma nítida en la toma de decisiones que resuelven el caso. Si esto es así, entonces en esos casos el deber judicial de resolver que establece el Estado de Derecho adolece de *imprecisión e incertidumbre*. Una perspectiva de esta clase sobre el *deber* judicial de resolución cuya realización está abocado a decisiones judiciales inciertas deberá incluir una tesis como “(c1)”, y conceptualmente representará a aquel deber de la función judicial como el cumplimiento de un deber impreciso e indeterminado. Claro está, aceptar esta perspectiva supone admitir como *premisa* inescindible a la doctrina de la *indeterminación*, y elegirla como la mejor explicación de la realidad del Derecho. Y, por consiguiente, a la teoría *positivista* de la adjudicación como marco conceptual en el que desarrollar la tesis que aquí se trata de alegar. Excluyéndose otras alternativas,

¹⁴ DWORKIN, R.: *Taking Rights Seriously*, 2nd edition, Duckworth, London, 2002; trad. esp. ID., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 464-471. Cfr. GUASTINI, R.: «Su i principi di diritto», en *Diritto e società*, 1986, pp. 601 ss., presenta una importante «objeción conceptual» a todas las teorías que pretenden explicar la tesis de que el Derecho está integrado por normas y principios: considerar que hay un concepto *unitario* y un tipo *único* de principios.

¹⁵ DWORKIN, R.: *Law's Empire*, cit., p. 67: «Finally, he will need more substantive convictions about which kinds of justification really would show the practice in the best light».

como que ésta sea una tesis *aislada* o la de su ubicación en otras teorías del Derecho¹⁶.

Ahora bien, la argumentación que voy a desarrollar aquí no se sustenta en una tesis de indeterminación *total* del Derecho. Y aunque no es objeto de este trabajo fundamentar esta aserción, traigo a colación a este respecto un breve comentario de Timothy Endicott:

«There are no radical indeterminacy theses. No only do radical indeterminacy claims implicitly contradict themselves; people who make them regularly contradict them explicitly, and turn them into theoretical indeterminacy claims»¹⁷.

III. INCERTIDUMBRE E IMPRECISIÓN EN EL DEBER JUDICIAL DE RESOLUCIÓN

En la teoría jurídica, nos dice E. Diciotti, «il tema dell'indeterminatezza delle norme giuridiche é trattato in stretta connessione con il tema della certezza delle decisioni giudiziali»¹⁸. A groso modo, esta relación afirma que «nei casi in cui il diritto non è indeterminato il contenuto della decisione giudiziale è certo; viceversa, è incerto il contenuto della decisione giudiziale nei casi in cui il diritto è indeterminato»¹⁹.

Relación que se expresaría del siguiente modo: dado un determinado caso *X*, y una determinada expresión lingüística *Y*, contenida en un texto jurídico, el contenido de la decisión judicial es «cierto» cuando *X* constituye un «caso central» de aplicación de *Y*; y el contenido de la decisión judicial es «incierto» cuando *X* constituye un «caso marginal» de aplicación de *Y*²⁰. Así, pues, «dall'incertezza del significato consegua l'incertezza del contenuto della decisione corretta, in quanto

¹⁶ La teoría del Derecho de Hans Kelsen sí pretendió hacer compatible el principio de *completitud* del Derecho y la tesis de la *indeterminación*, que el positivismo y antipositivismo contemporáneos presentan como concepciones opuestas. Cfr. MORESO, J. J.: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 1997, pp. 92-97. Según T. Endicott, la teoría jurídica de Kelsen no aguanta el argumento de la «vaguedad de orden superior» acerca de la delimitación de la «norma como marco». Cfr. ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit., pp. 61-62: «The result is that Kelsen's principle of completeness fails», pues «To protect the principle of completeness, however, that account would have to eliminate higher-order vagueness.»

¹⁷ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit., p. 29.

¹⁸ DICIOTTI, E.: «Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato», cit., p. 119.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ DICIOTTI, E.: «Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato», cit., p. 136.

tale contenuto é determinato in qualche misura discrezionalmente dal giudice che prende la decisione»²¹.

La vaguedad, que es un potente factor general de indeterminación del Derecho, posiblemente constituye la «fuente» más importante de *imprecisión* de la que adolece la toma de decisiones por los jueces en los *borderline cases* y, en ese sentido, asimismo respecto del contenido de la actividad judicial que allí se desarrolla. Voy a sustentar en los siguientes argumentos esta afirmación:

(1) Un argumento sobre el “alcance” de la vaguedad en la adjudicación:

la vaguedad alcanza también a los mecanismos y técnicas en la interpretación.

(2) Un argumento sobre la vaguedad de los mecanismos y técnicas en la interpretación:

la imprecisión de la “construcción dogmática” como recurso interpretativo.

(3) Otro argumento sobre la vaguedad de los mecanismos y técnicas en la interpretación:

la imprecisión del mecanismo de la “discrecionalidad judicial”.

(4) Un argumento «lógico-filosófico» sobre el carácter “inerradicable” de la vaguedad (y de las indeterminaciones resultantes):

vaguedad de “orden superior”, principio de “tolerancia”, y efecto de “continuo” según sorites.

Argumentos que desarrollo a continuación²².

(1) *Un argumento sobre el “alcance” de la vaguedad en la adjudicación: la vaguedad alcanza también a los mecanismos y técnicas en la interpretación.*

La *vaguedad* es la primera *fuentes* de indeterminación jurídica²³, y una característica del *significado*, «una proprietà semántica e pragmatica, l'imprecisione di significato, e non una proprietà sintattica»²⁴, tanto en un sentido *extensional* como *intensional*²⁵. Ocurre que los mecanismos y dispositivos que se utilizan en la interpretación del

²¹ DICIOTTI, E.: «Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato», cit., p. 120.

²² Por las limitaciones de extensión del texto algunos de estos argumentos se muestran más sintéticamente que otros, pero todos ellos con la suficiente dimensión para mantener la coherencia de la línea argumentativa.

²³ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit., pp. 31-55.

²⁴ LUZZATI, C.: «Vaghezza, interpretazione, e certezza del diritto», *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1990, pp. 134, 142 y 145. En el mismo sentido, DICIOTTI, E.: «Interpretazione della legge e discorso razionale», *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1999, pp. 367-376.

²⁵ DICIOTTI, E.: «Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato», cit., pp. 100-101.

Derecho son tan vagos como el propio lenguaje jurídico, según ha puesto de manifiesto T. Endicott:

«the interpretive resources of the law are themselves vague»²⁶
 «what can be said in general about the interpretive resources of the law. I claim that we have general reasons to say that the themselves are typically vague. Vagueness in the law is *not* just a problem of indeterminacy in the application of the words that lawmakers use»²⁷.

Si estos mecanismos y técnicas que los jueces utilizan en la interpretación adolecen de *vaguedad*, entonces, posiblemente la toma de decisiones judiciales se encuentra sin reglas claras y concretas desde el sistema jurídico que guíen esta actividad. Por eso, si «l'idea di vaghezza [en los textos jurídicos] contiene dunque l'idea di assenza di ragioni definitive [en el Derecho] per applicare (o no applicare) un'espressione linguistica»²⁸, la idea de vaguedad en los mecanismos interpretativos contiene la idea de ausencia de razones suficientes en el sistema jurídico que delimiten bien cómo deben los jueces tomar sus decisiones.

Pero la vaguedad de los mecanismos interpretativos del Derecho es *significativa* si lo es la indeterminación que genera su utilización en la adjudicación, es decir, si provoca que los jueces no puedan dar efecto «conforme a Derecho» a los derechos y obligaciones legales de los ciudadanos²⁹, y sólo pueden llevar a cabo este cometido con decisiones judiciales *inciertas*. Como se pone de manifiesto —en mi opinión— en los argumentos “(2)” y “(3)” del texto, esto no ocurre así en los casos *claros*, en los que los mecanismos y técnicas interpretativas que el Estado de Derecho proporciona aquí a los jueces permiten decidirlos con decisiones *previsibles* y *correctas* para cada controversia jurídica. Sin embargo, esto sí sucede en los casos indeterminados en los que se hace imposible ese tipo de resolución en tanto que los dispositivos y mecanismos interpretativos no delimitan nítidamente la toma de decisiones por el juez.

Sin duda, este punto de vista rechaza el *principio interpretativista* dworkiniano de que la interpretación, entendida según C. E. Alchourrón y E. Bulygin a modo de «actividad consistente en la identificación o determinación del sentido de un texto jurídico»³⁰, resuelve

²⁶ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit, p. 99.

²⁷ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit, p. 161; y con mayor desarrollo en pp.164-166.

²⁸ DICIOTTI, E.: «Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato», cit., pp. 133-134. Según el autor italiano añade, esta idea de la vaguedad sería inadecuada para una teoría jurídica de la aplicación del Derecho que tenga en cuenta la práctica judicial efectiva, y, claro está, desde el contexto de justificación.

²⁹ En este sentido, afirma ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit., p. 75.

³⁰ ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E.: «Definiciones y normas», en E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. A. Rabossi (comps.), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genero R. Carrió*, Abedelo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 16.

siempre la indeterminación del Derecho. Por el contrario, al entender de T. Endicott:

«I think that there are general reasons to conclude that the resources of the law do not eradicate indeterminacy. We can say three things: (i) those resources are generally considerations of principle; (ii) they will only eliminate indeterminacies if they have a *special structural feature* –precision; and (iii) considerations of *principle* generally lack that feature»³¹.

De cualquier modo, si los dispositivos, mecanismos y técnicas con que cuentan los jueces en la interpretación de los *borderline cases* (por ejemplo, la *discrecionalidad judicial* y la *construcción dogmática* del intérprete, que examino a continuación) están afectados de *vaguedad e imprecisión*³², entonces este argumento “(1)” es el punto de partida para afirmar que esos mecanismos de la interpretación son *factores* que contribuyen en los casos referidos a generar una estructura *imprecisa e incierta* del contenido del *deber* judicial de resolución.

(2) *Un argumento sobre la vaguedad de los mecanismos y técnicas en la interpretación: la imprecisión de la “construcción dogmática” como recurso interpretativo.*

La relación entre la indeterminación del Derecho y el contenido *incierto* de la decisión judicial está vinculada con la *discrecionalidad* judicial en los *borderline cases*; precisamente aquéllos que exigen de más valoraciones para su interpretación³³. Y viceversa, la ausencia de *discrecionalidad* judicial está vinculada al Derecho *cierto y determinado*, susceptible de generar una decisión judicial de contenido asimismo *cierto*. Lógicamente, si la decisión judicial transcurre de este modo nos encontramos ante *clear cases*³⁴.

³¹ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit., p. 165; asimismo, REDONDO, M. C.: «Teorías del Derecho e indeterminación normativa», cit., p. 189. La Profesora argentina también sostiene que «el problema de la indeterminación actual o potencial»: «1. afecta a los conceptos interpretativos. 2. afecta a cualquier criterio que se proponga para identificar una respuesta ante “los casos difíciles”. 3. no es un problema erradicable mediante criterio o reglas de construcción.»

³² La doctrina «vagueness in Law» de T. Endicott profundiza en este argumento en ENDICOTT, T.: «Law is Necessarily Vague», *Legal Theory*, núm. 7, Cambridge University Press, 2001, pp. 379-385; hay trad española, ID., «El Derecho es necesariamente vago», traducción, de J. Alberto del Real Alcalá, *Derechos y Libertades*, núm. 12, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, pp. 179-189.

³³ ASÍS ROIG, R. de: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, cit., p. 223, sobre la relevancia mayor de valoraciones en la decisión judicial de los casos difíciles.

³⁴ Sobre el concepto «clear cases», Cfr. BIX, B.: *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit., pp. 63-76; dice en p. 76: «Many theorists discuss “clear cases” as though the nature and basis of such cases were themselves clear and obvious. However, a close analysis discloses a variety of issues and factors. Among the things that can make an apparently clear case unclear, or an apparently hard cases easy, are issues of speaker’s intention, dialects and idiolects, context, community practices and

Sin embargo, el argumento de Riccardo Guastini sobre las «construcciones dogmáticas» de los intérpretes como «fuente» de *indeterminación* jurídica presenta una *objeción* al menos a la segunda parte de esta relación (donde priman las razones *semánticas*). El Profesor italiano, que mantiene una posición escéptica sobre la interpretación³⁵, alega que, aun en los supuestos en los que el Derecho está formulado de forma precisa y clara (desde el punto de vista semántico) y nos encontramos ante un caso *claro*, sin embargo, su interpretación a través de técnicas *imprecisas* y *vagas* que no están delimitadas nítidamente por el Derecho hace que el Derecho que era *claro* devenga *indeterminado*, y que un caso *claro* se haga un caso *marginal*. Pues bien, esto es lo que suele ocurrir cuando en la toma de decisiones por el juez, éste elabora una construcción dogmática, que utiliza como mecanismo interpretativo para identificar el Derecho aplicable al caso dado, desde la cual deduce en última instancia la proposición jurídica que lo resuelve. Para situar a este recurso del Derecho que utilizan a veces los jueces en la interpretación, hay que tener en cuenta que desde la teoría de la adjudicación se consideran dos clases de problemas interpretativos en el Derecho:

Primero: los que surgen de la *estructura* del lenguaje jurídico. Estos problemas se originan, en palabras de C. Luzzati, a causa «della porosità e dell'apertura del linguaggio giuridico-normativo»³⁶. R. Guastini habla a este respecto de «aquellos problemas que nacen de los “defectos” intrínsecos del lenguaje en el que son formuladas las fuentes del derecho». Se refiere a los problemas que ocasionan la *vaguedad* y *ambigüedad*³⁷. Constituyen una *f fuente de indeterminación* del Derecho, en tanto que «el significado de los enunciados del lenguaje natural [...] es fatalmente indeterminado», y «de ahí nacen los “problemas” de la interpretación»³⁸.

Segundo: los problemas que surgen de las «construcciones dogmáticas» que *elaboran* los intérpretes, según ha puesto de manifiesto R. Guastini:

«[son] los problemas nacen no de los defectos del lenguaje de las fuentes, sino más bien de la superposición, en tal lenguaje, de las

assumptions, views about justice, and ideas about rule-application, as well as the issues of vagueness and “open texture”».

³⁵ GUASTINI, R.: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, traducción española de Jordi Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 34. Frente a esta perspectiva escéptica, cfr. MORESO, J. J.: «Guastini sobre la ponderación», *Isonomía*, núm. 17, Itam, México DF, 2002, pp. 227-249, trata de mostrar alguna vía que proporcione cierta estabilidad a la interpretación, incluso cuando al interpretar se utiliza la ponderación y, según el Profesor de la Università di Genova, el aplicador del Derecho establece una la jerarquía axiológica que es *móvil*.

³⁶ LUZZATI, C.: *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Università di Milano, Istituto di Filosofia e Sociología del Diritto, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 334.

³⁷ GUASTINI, R.: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5.^a ed., traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Editorial Porrúa y Unam, México DF, 2003, p. 58.

³⁸ GUASTINI, R.: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., p. 57.

(más o menos artificiosas) construcciones dogmáticas de los intérpretes»³⁹.

El Profesor italiano ilustra esta clase de problemas interpretativos con el siguiente ejemplo:

«El artículo 139 de la Constitución italiana prohíbe la revisión constitucional de la “forma republicana” de Estado. La expresión “forma republicana” [...] la Constitución no la define, y por otro lado, en el lenguaje ordinario, las reglas de uso del término “república” son sumamente imprecisas. Según un posible punto de vista, [...] las repúblicas se contraponen a monarquías; pero, según otro, no puede haber una república sin soberanía popular y/o democracia. Sin embargo, de cualquier modo que se entienda el término “república”, la cuestión de si la prohibición de revisión constitucional se extiende también a los “derechos inviolables” (mencionados en el artículo 2.^o) no nace de la defectuosa formulación del artículo 139 constitucional, sino [...] de las complejas construcciones dogmáticas en torno a la naturaleza de las Constituciones rígidas; a la naturaleza del poder de revisión constitucional, y a la “forma de Estado”»⁴⁰.

Aunque no siempre es posible diferenciar unos problemas interpretativos de otros⁴¹, en tanto que a menudo aparecen *sobrelapados*, los problemas de indeterminación que ocasionan las construcciones dogmáticas surgen de forma diferente a los que producen la vaguedad y ambigüedad del lenguaje de los textos jurídicos. Por una razón: los primeros son susceptibles de surgir incluso de textos legislativos que han sido formulados de forma clara y precisa, pero que, sin embargo, *paradójicamente*, acaban constituyendo una *fuerza* de indeterminación del Derecho. Esta indeterminación surge a consecuencia de que la interpretación de una norma, que se realiza a la luz de un conjunto de doctrinas jurídicas, políticas e incluso morales que el punto de vista del intérprete relaciona con el contenido semántico de la misma, hace *indeterminado* a su significado aun cuando semánticamente se presentaba claro y preciso. Es, por tanto, la «construcción dogmática» que elabora el juez en la interpretación lo que introduce *incertidumbre* sobre el significado del Derecho, y no el lenguaje jurídico. La relevancia del argumento de Guastini tiene que ver con que frecuentemente en la teoría jurídica la construcción dogmática del intérprete cuando se utiliza en la interpretación es vista como una «solución» que *clausura* la indeterminación, y no –según afirma el Profesor de Génova– como la *causa* (y *fuerza*) que la genera. Por eso, su planteamiento es persuasivo y aporta luz sobre algunos aspectos de la teoría de la adjudicación.

³⁹ GUASTINI, R.: Estudios sobre la interpretación jurídica, cit., p. 58.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

Además, a esta relevancia cualitativa del argumento *guastiniano* hay que añadirle relevancia cuantitativa, porque la *constitucionalización* contemporánea del sistema jurídico *fomenta*, en mi opinión, la utilización de las construcciones dogmáticas como mecanismo de interpretación. Para realizar tal afirmación me apoyo en las opiniones del propio R. Guastini, de P. Comanducci y de G. Zagrebelsky.

En primer lugar, algunas de las características definitorias del fenómeno contemporáneo de constitucionalización del sistema jurídico, según lo describe R. Guastini, avalarían mi aserción. Me refiero particularmente a los tres siguientes rasgos que identifican la constitucionalización del Derecho: (i) Una Constitución extremadamente *invadiente (pervasiva)*, que impregna todo el sistema jurídico, y condiciona la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, y las relaciones sociales⁴². (ii) Los contenidos *implícitos* de la Constitución, desde la incorporación a ésta, y al sistema jurídico, de valores y principios. (iii) Y la *sobreinterpretación* constitucional, pues «[desde] la interpretación extensiva (y por el argumento *a simili*) la Constitución puede ser interpretada –o, más bien, “sobreinterpretada”– de manera tal que se le extraigan innumerables normas implícitas, no expresadas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política»⁴³.

En segundo lugar, según P. Comanducci, la constitucionalización del sistema jurídico, por sus particularidades, ha incrementado la indeterminación *ex ante* del Derecho, a consecuencia de la incorporación a éste de los *principios*⁴⁴. Claro está, este hecho *incentiva* muy especialmente la «argumentación de principios» en el razonamiento judicial, y en este sentido es probable que la toma de decisiones por los jueces exija a veces algún tipo de elaboración dogmática.

Y, en tercer lugar, de la misma opinión es G. Zagrebelsky cuando estima que la *ductilidad* que presenta hoy el Derecho (constitucional) no favorece la subsunción⁴⁵, sino asimismo una «argumentación de principios» en la interpretación que aúne derechos, ley y justicia como

⁴² GUASTINI, R.: «La “constituzionalizzazione” dell’ordinamento», *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, pp. 147-172; hay versión en español, ID., «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 49.

⁴³ GUASTINI, R.: «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano», cit., p. 54. En el mismo sentido, Cfr. COMANDUCCI, P.: «Forme di (neo)constituzionalismo: una ricognizione metateorica», *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, pp. 71-94; hay traduc. española, ID., «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», traducción de Miguel Carbonell, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2002, p. 97.

⁴⁴ COMANDUCCI, P.: «Principios jurídicos e indeterminación del Derecho», *Doxa*, núm. 21-II, Universidad de Alicante y CEPC, Alicante, 1998, pp. 103-104.

⁴⁵ ZAGREBELSKY, G.: *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, G. Einaudi, Torino, 1992; traducción esp., ID., *El Derecho dúctil*, traducción de Marina Gascón, epílogo de Gregorio Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995, p. 131. Sobre el modelo del silogismo judicial, véase DICOTTI, E.: «Interpretazione della legge e discorso razionale», cit., pp. 122-189.

componentes del Derecho, e incluya la «integración judicial» de los casos no regulados⁴⁶. Tareas de la interpretación que el juez no puede llevar a cabo sin la composición en alguna medida de algún tipo de elaboración dogmática acerca del Derecho a aplicar.

En conclusión, por lo dicho hasta ahora, puede afirmarse que cuando el juez elabora una *construcción dogmática* a fin de que ésta le facilite la resolución de una disputa jurídica, está utilizando un mecanismo interpretativo del Derecho y de la cultura jurídica, y que este tipo de mecanismo interpretativo está en buena medida *favorecido* por las características que adquiere la interpretación desde la constitucionalización del sistema jurídico.

Vista su trascendencia contemporánea, ¿cómo es la estructura interna de las construcciones dogmáticas que elabora el intérprete para deducir desde ella la resolución de una controversia jurídica? En principio se podría decir que se trata de un tipo de actividad judicial en la que «están presentes ciertas dimensiones creativas fruto de la valoración del juzgador»⁴⁷. Esto significa, como dice C. Luzzati, que «una parte importante del discorso dei giuristi non verte sui fatti, bensí su un altro discorso, quello legislativo. Di conseguenza l'interpretazione giuridica in senso stretto si pone come un metadiscorso, ossia come un discorso che ha per oggetto un altro discorso»⁴⁸.

Desde luego, la estructura interna de la construcción dogmática como mecanismo interpretativo no es la de la *subsunción*. Ahora bien, por una parte, esto no debe obviar que, por cuanto que se trata de un mecanismo para la interpretación del Derecho, y en razón de la exigencia de vinculación del juez a la ley, el «contexto de justificación (externa)» de la decisión judicial deducida desde una determinada construcción dogmática que elabora el juez, debe ser ineludiblemente «conforme a Derecho». Y, en este sentido, la *argumentación jurídica* y el *razonamiento judicial*⁴⁹ que gobierne esa toma de decisiones debe tener ese fin.

Y, por otra parte, sin embargo, el «contexto de descubrimiento (interno)» de la toma de decisiones por el juez, o sea, las razones internas del intérprete para llegar a una solución interpretativa y no a otra, *no se encuentra delimitado* en el Derecho. Y, claro está, un contexto de descubrimiento que no está gobernado por directrices claras ni está configurado de forma precisa, condiciona a este mecanismo interpretativo y lo hace *discrecional*. En este sentido, un contexto de descubrimiento *discrecional* posiblemente está gobernado por (y es el *resulta-*

⁴⁶ ZAGREBELSKY, G.: *El Derecho dúctil*, cit., pp. 152-153.

⁴⁷ ASÍS ROIG, R. de: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, cit., p. 224.

⁴⁸ LUZZATI, C.: «Le definizioni implicite dei giuristi», *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 1992, p. 220.

⁴⁹ Cfr. ASÍS ROIG, R. de: *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

do de) un conjunto de razones, que interactúan entre sí, tanto «objetivas» (*técnico-jurídicas*) como «subjetivas» de carácter *individual* (la dimensión *personal* del juez) y *colectivo* (razones de *tradicción* en sentido amplio —o de pasado; y razones o valores actuales)⁵⁰, que sólo es posible constatar a posteriori.

Si el contexto de descubrimiento hace a este dispositivo interpretativo un mecanismo discrecional, esta forma de toma de decisiones es en buena medida más un acto de *voluntad* que de conocimiento. Y en esa medida, la proposición jurídica que deduce el juez de la construcción dogmática que ha elaborado no tiene, en consecuencia, valor de verdad para con el caso dado. Si esto es así, no parece posible una construcción dogmática que *derrote* (al menos en valor de verdad) a todas las demás, a no ser por otro tipo de criterios. De hecho, cuando funciona como mecanismo interpretativo, las construcciones dogmáticas que elaboran los intérpretes a fin de deducir de ellas una proposición jurídica que se aplique como solución interpretativa a un caso concreto son frecuentemente «fuente» de discreción y de decisiones judiciales *inciertas*.

Pero se puede decir algo más para apoyar mi argumentación sobre las construcciones dogmáticas en el Derecho. Como mecanismo interpretativo para resolver disputas jurídicas en el caso concreto, y entendido en un sentido no estricto, posiblemente podría afirmarse que las teorías jurídicas no-positivistas también *fomentan* la elaboración por los intérpretes de construcciones dogmáticas a la hora de cómo se produce la toma de decisiones por el juez «Hércules» en los casos *difíciles*, aunque también en los demás casos. Ahora, por su carácter de dispositivo *subjetivo*, esto puede resultar casi *paradójico*. Sin embargo, tiene una explicación: cuando la resolución exige una «decisión judicial elaborada», ésta difícilmente puede prescindir totalmente, en algún sentido y de alguna manera, de algún tipo de elaboración doctrinal —aportada por el intérprete— en relación al Derecho a aplicar. Eso sí, para mantener la *coherencia* de sus posiciones, las teorías no-positivistas han tratado de *objetivar* la utilización de este mecanismo interpretativo. Aunque, en realidad, la *objetivación* de este dispositivo en la interpretación no se produce desde el «Derecho como tal», sino desde las «teorías del Derecho» no-positivistas, a modo de un mecanismo «discrecional» que es *objetivado* (*subjetivamente* por ellas)⁵¹.

⁵⁰ DEL REAL ALCALÁ, J. A.: «Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley Constitucional. El caso del término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado», en *Derechos y Libertades*, núm. 12, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002, pp. 229-232.

⁵¹ Cfr. FULLER, L. L.: *The Anatomy of Law*, Frederick A. Praeger, Inc., Publishers, 1968; hay trad. esp., *Anatomía del Derecho*, versión de Luis Castro, Monte Ávila Editores, Editorial Arte, 1969, pp. 104 y 118. Si entendemos la construcción dogmática que elabora un operador jurídico en un sentido amplio y flexible, en mi opinión, posiblemente la teoría de la adjudicación que está implícita en la teoría del Derecho de este autor, contempla, de alguna manera y en alguna

Como procedimiento interpretativo objetivado, pudiera admitirse que –al menos teoréticamente– hace posible «decisiones judiciales *ciertas*» en el sentido de *identificar* en el Derecho una respuesta correcta para cada controversia jurídica; pero puede haber serias dudas, razonablemente, si el contenido de esa decisión judicial es *predecible*. Claro está, si *predecir* el contenido de una decisión judicial y predecir la «mejor respuesta» del Derecho (la respuesta *correcta*) se entienda la misma cosa, entonces sí lo es. Pero si la «mejor respuesta» del Derecho tiene un sentido más «procedimental», y no de predicción de contenido material, entonces la decisión judicial correcta sobre un caso dado difícilmente es una decisión previsible. Y así podría parecer que sucede en principio desde la teoría del Derecho de R. Dworkin cuando introduce un conjunto de reglas *procedimentales* (el procedimiento “*hercúleo*”) a fin de localizar la respuesta «correcta» como la «mejor decisión» que ofrece el Derecho a una determinada controversia jurídica:

«First, there must be a “preinterpretive” stage in which the rules and standards taken to provide the tentative content of the practice are identified.»

«Second, there must be an interpretive stage at which the interpreter settles on some general justification for the main elements of the practice identified at the preinterpretive stage.»

«Finally, there must be a postinterpretive or reforming stage, at which he adjusts his sense of what the practice “really” requires so as better to serve the justification he accepts at the interpretive stage»⁵².

Ahora bien, aun en este supuesto, esta posición no-positivista es derrotada frente al argumento “(4)”, que examino más adelante, acerca de la «vaguedad de orden superior» y del efecto de «continuo» que caracteriza a la vaguedad, según los cuales no es posible erradicar la imprecisión y vaguedad de las reglas de construcción ni de los mecanismos y técnicas utilizados en la interpretación del Derecho. Y esto le ocurre a la construcción dogmática que elabora el juez cuando funciona como un dispositivo interpretativo.

media, alguna clase de elaboración doctrinal desde la que llevar a cabo la toma de decisiones que resuelven los casos *problemáticos* (similares a los que R. Dworkin califica como casos *difíciles*) que exigen una «decisión judicial elaborada», porque no han sido resueltos, según nos dice, de antemano por el legislador como para requerir sólo de la subsunción. Sin embargo, esto puede verse más claramente en R. Dworkin. Cfr. DWORKIN, R.: *Law's Empire*, cit., pp. 65 ss y 337-350; e ID., *Los derechos en serio*, cit., pp. 203-204. La teoría de R. Dworkin del Derecho como *integridad*, por la trascendencia que adquiere la resolución de los casos *difíciles* y la tesis de la respuesta *correcta*, «fomenta» especialmente que el juez (el juez “Hércules”) haga uso de la elaboración doctrinal sobre la base de teorías morales y políticas, a fin de encontrar la «mejor» decisión del Derecho que *derrote* a todas las demás.

⁵² DWORKIN, R.: *Law's Empire*, cit., pp. 65-66.

E. Diciotti distingue tres tipos de jueces a la luz de la *relación* entre la *indeterminación* del Derecho y el contenido *incierto* de las decisiones judiciales⁵³:

a) El juez *cierto* y *satisfecho*:

Que aplica una expresión lingüística según el significado *prima facie*, en cuanto que tal significado es suficientemente *determinado* por la aplicación y en cuánto que los *resultados* de tal aplicación (en términos de justicia, objetivos del derecho, etc.) son *satisfactorios*.

b) El juez *incierto*:

Que es obligado a atribuir a una expresión lingüística un significado *diferente* de aquel que asume *prima facie*, en cuánto que según tal significado el caso a juzgar resulta un *caso marginal* de aplicación.

c) El juez *insatisfecho*:

Que atribuye a una expresión lingüística un significado *diferente* de aquél que asume *prima facie*, en cuanto que los *resultados* que se conseguirían aplicando la expresión según tal significado son *insatisfactorios* (en términos de justicia, objetivos del derecho, etc.).

Pues bien, cuando la construcción dogmática del intérprete funciona como mecanismo interpretativo que produce decisiones judiciales *subjetivas* e *inciertas*, se corresponderían con el modelo de juez *insatisfecho*. Cuando funcionan a modo de un mecanismo *objetivado* por las teorías no-positivistas que produce decisiones judiciales *correctas* y ciertas, se correspondería con el modelo de juez *cierto* y *satisfecho*. En el siguiente epígrafe pondré de manifiesto que otro mecanismo interpretativo del Derecho, la discrecionalidad judicial, se correspondería con el modelo de juez *incierto*.

En tanto que, como dispositivo que facilita la interpretación, la construcción dogmática funciona en la adjudicación como una «forma» de discrecionalidad, a ella también le es aplicable el análisis siguiente sobre el poder de discreción del juez, cuyas características lo muestran como un mecanismo *impreciso* e *incierto* aquejado de *vaguedad*. Y, por tal motivo, lleva incertidumbre en esa medida a la propia actividad judicial en la resolución de los casos indeterminados.

(3) *Otro argumento sobre la vaguedad de los mecanismos y técnicas en la interpretación: la imprecisión del mecanismo de la “discrecionalidad judicial”.*

La discrecionalidad, según Giovanni Tarello, es «[un] fenómeno, [que es] común a todas las organizaciones jurídicas⁵⁴. Ya Hart nos dijo que «el juez debe algunas veces salir fuera del derecho y ejercer un poder de creación para llegar a una decisión en los “casos difíci-

⁵³ DICIOTTI, E.: «Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato», cit., p. 135.

⁵⁴ Según TARELLO, G.: *Cultura jurídica y política del Derecho*, edición de J. L. Monereo, Comares, Granada, 2002, pp. 178-179.

les”, es decir, casos en los que el derecho existente resulta ser indeterminado»⁵⁵. Como nos recuerda C. Luzzati, «La vaghezza, quindi, non è la discrezionalità, anche se la discrezionalità in via di fatto può essere la conseguenza della vaghezza [...] del linguaggio legislativo»⁵⁶. De modo que la *vaguedad* es la fuente de la discrecionalidad de los jueces⁵⁷.

La discrecionalidad como dispositivo interpretativo está envuelto, según muestra certeramente José Juan Moreso desde el positivismo jurídico inclusivo⁵⁸, en la polémica sobre las concepciones del *Noble Sueño*, la *Pesadilla* y la *Vigilia*, y «se revela de importancia capital» en los casos *indeterminados*⁵⁹, que por sus características no pueden ser resueltos mediante la subsunción y la bivalencia jurídica⁶⁰. En estos casos, el único dispositivo interpretativo con el que cuenta el juez en la toma de decisiones para llevar a cabo el cometido del deber de resolver *siempre* que le impone el Estado de Derecho son los poderes de discreción. Pero, claro está, esto puede ser un problema si dicho mecanismo *no* está *delimitado* ni *configurado* de forma nítida en el sistema jurídico y, por consiguiente, adolece asimismo de vaguedad. En verdad ocurre que los poderes de discreción de los jueces se encuentran *imprecisos e inciertos* en el Derecho. Razón por la cual no pueden ser una guía precisa y cierta acerca de la toma de decisiones que lleva a la resolución de un caso indeterminado.

Sin embargo, según M. C. Redondo, el resultado de utilizar la discrecionalidad judicial en los casos indeterminados es hacer más *preciso y determinado* al contenido de la norma, y consecuentemente dotar de valor de verdad a la proposición de aplicarla o no aplicarla al caso concreto, permitiendo en este sentido recuperar la *bivalencia* jurídica⁶¹. Pero, claro está, si en el sistema jurídico no están delimitados qué criterios son los que hay que utilizar para hacer más preciso al Derecho indeterminado, ni cómo ni por qué se han de introducir esos criterios y no otros, ni qué tipo de razones atender o cuáles excluir a fin de obtener *objetivamente* una decisión judicial con «arreglo a Derecho» de la que resulte ganadora una u otra de las partes del caso⁶²,

⁵⁵ HART, H. L. A.: «El nuevo desafío al positivismo jurídico», cit., p. 8.

⁵⁶ LUZZATI, C.: «Vaghezza, interpretazione, e certezza del diritto», cit., p. 141.

⁵⁷ LUZZATI, C.: *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, cit., p. 335.

⁵⁸ Cfr. MORESO, J. J.: «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en Navarro, P. E. y Redondo, C.: *La relevancia del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 93-116.

⁵⁹ MORESO, J. J.: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, cit., p. 187.

⁶⁰ REDONDO, M. C.: «Teorías del Derecho e indeterminación normativa», cit., p. 185.

⁶¹ REDONDO, M. C.: «Teorías del Derecho e indeterminación normativa», cit., p. 193.

⁶² Ahora bien, esto no supone que ineludiblemente este dispositivo interpretativo caiga en lo que Hart denominó el punto de vista de la «Pesadilla». Véase HART, H. L. A.: «Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el

entonces posiblemente la discrecionalidad pueda *concretar* el Derecho a aplicar e incluso permitir el principio de la bivalencia pero, por la vaguedad e imprecisión de la que adolece este mecanismo interpretativo, difícilmente la toma de decisiones puede tener lugar con arreglo a Derecho (si no existe Derecho aplicable que establezca una calificación jurídica para el caso dado) sino en base a otros criterios *extrajurídicos*.

Por lo dicho, la discrecionalidad es un mecanismo interpretativo *vago*, cuya aplicación en la interpretación, al estar configurada y delimitada en el sistema jurídico de forma bastante *imprecisa*, no es *objetiva*. La consecuencia de resolver casos judiciales con un mecanismo interpretativo vago es que de una toma de decisiones de esta clase no pueden resultar sino decisiones judiciales de «contenido *incierto*». Y en la medida que en los casos indeterminados la toma de decisiones *conceptualmente* no puede ser sino incierta, en esa medida, el contenido del deber judicial de resolver adolece de incertidumbre y puede resultar indeterminado.

El siguiente y último argumento proporciona, en mi opinión, otro apoyo a la tesis de la imprecisión e indeterminación (parcial) del contenido del deber judicial de resolución.

(4) *Un argumento «lógico-filosófico» sobre el carácter “inerradicable” de la vaguedad (y de las indeterminaciones resultantes): vaguedad de “orden superior”, principio de “tolerancia”, y efecto de “continuo” según sorites.*

Según T. Endicott, el argumento de la «vaguedad de orden superior» es una explicación persuasiva a porqué la indeterminación es *ineliminable* no sólo del contenido de las reglas sino asimismo de los recursos y mecanismos interpretativos del Derecho:

«Philosophers use the phrase “second-order vagueness” to describe the apparent absence of sharp boundaries between clear cases and borderline cases. They use “higher-order vagueness” for the apparent absence of boundaries at second order or higher»⁶³.

Pero incluso, en opinión de M. C. Redondo, las reglas de construcción para clausurar la indeterminación, tal como hacía R. Dworkin, no resisten este argumento. La indeterminación no es erradicable mediante el uso de reglas o criterios de construcción a causa de la «vaguedad de orden superior». En palabras de la Profesora de Génova:

«esta propuesta se apoya en la suposición de que los conceptos vagos permiten individualizar de forma nítida casos claros de casos de penumbra. Bajo esta hipótesis, las reglas de construcción solu-

noble sueño», en CASANOVAS, P. y MORESO, J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, p. 337. Pero sí que puede ser susceptible de *particularismo* jurídico. Cfr. MORESO, J. J.: «Conflictos entre principios constitucionales», en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 104 y 121.

⁶³ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit., p. 35.

cionan el problema limitando la aplicación sólo a los casos claros. [Sin embargo] [...] la propia distinción entre casos claros y casos de penumbra es imprecisa. No hay una clasificación tripartita nítidamente demarcada entre casos de aplicación, casos de no aplicación y casos de duda. Los límites entre estas categorías están indeterminados y son discutibles. Paralelamente, las reglas de construcción que se apoyan en esa distinción también padecen indeterminación. Para eliminar esta vaguedad de segundo orden se requeriría una regla de construcción de tercer nivel; pero como el problema volvería a presentarse, necesitaríamos una nueva regla y así hasta el infinito»⁶⁴.

Esto quiere decir que el argumento de la «vaguedad de orden superior» es una importante objeción para las teorías del Derecho de R. Dworkin y H. Kelsen, que no pueden dar cuenta de los problemas que dicho argumento plantea a la hora de clausurarse la indeterminación:

«The feature of vague language that is most difficult for legal theories to accommodate is higher-order vagueness: Dworkin's and Kelsen's theories cannot accommodate it»⁶⁵.

«Ronald Dworkin proposes that there is virtually always a single right answer to a legal dispute. [...] The objection to Dworkin's argument is that ignores the problem of higher-order vagueness»⁶⁶.

Y, asimismo, el argumento del efecto de «continuo» que produce la vaguedad a causa del «principio de tolerancia» que caracteriza a las palabras vagas según muestra la *paradoja* que crea el razonamiento de *sorites*, es asimismo responsable de que la vaguedad sea *ineliminable*:

«Vague words appear to tolerate insignificant differences: it seems that any heap of sand will still be a heap if you remove one grain of sand (and one goes bald by losing one hair, and no sea becomes an ocean when one drop of rain falls and so on). The "sorites paradox", or the paradox of the heap, is an argument that applies an apparently sound principle of this form repeatedly, until it arrives at the false conclusion that, for example, there is still a heap when all the grains of sand have been removed»⁶⁷.

Como nos dice J. J. Moreso, el razonamiento de *sorites* versa sobre expresiones susceptibles al «principio de *tolerancia*»: «el razonamiento de *sorites* depende de que estas expresiones [como *montón*, *rico*, *rojo*, *trato degradante*, etc.] sean *tolerantes*», en el sentido de que «los cambios pequeños no afectan a la aplicabilidad del concepto». La paradoja surge «por el hecho de que los cambios grandes, aquéllos

⁶⁴ REDONDO, M. C.: «Teorías del Derecho e indeterminación normativa», cit., p. 188.

⁶⁵ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit., p. 60.

⁶⁶ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit., pp. 63 y 64. Sobre la teoría jurídica de Kelsen, véase comentario en nota 16.

⁶⁷ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit., p. 1.

que afectan ya a la aplicación del concepto, pueden construirse –en virtud de la tolerancia de estos conceptos– a partir de cambios muy pequeños»⁶⁸. Según T. Endicott observa, el razonamiento de *sorites* tiene este rasgo «irónico»: demuestra que la extensión de lo *indeterminado* es *indeterminada*. Significa que no hay ninguna delimitación precisa en la aplicación de las expresiones vagas. Por lo que no siempre será posible delimitar los casos *claros* de los casos *marginales*. Siempre habrá *algunos* casos en los que seguirá existiendo *incertidumbre* acerca de si trata de una clase de casos o de otra.

La *consecuencia* de la vaguedad en las formulaciones de las reglas jurídicas es, respecto de algunos casos, la *incertidumbre* sobre lo que está *exigiendo* el Derecho. Pero también la *incertidumbre* acerca de «cómo deben» decidir los jueces aquello que el Derecho exige, si esto no se encuentra claramente precisado⁶⁹, y los mecanismos interpretativos con los que el Derecho provee a los jueces para precisar lo imprecisado son asimismo vagos. Además, téngase en cuenta que el hecho de que la vaguedad sea «continua» hace que sea imposible *fixar* un límite respecto de la aplicación o no aplicación de un concepto vago, como bien afirma M. C. Redondo:

«la definición de vaguedad resulta objetable cuando se apoya en la posibilidad de una distinción clara entre extensión positiva, extensión negativa y zona de penumbra de un concepto. En contra de esta caracterización se sostiene que no es factible reconocer de modo preciso estas tres áreas. No existe una frontera definida entre las situaciones que podrían mostrarse como claramente incluidas o excluidas de su referencia. Esta caracterización de la vaguedad como un continuo resulta avalada no sólo por la advertencia de la vaguedad de segundo nivel sino, también, por la aplicación de la paradoja de sorites. Conformada a esta última, no hay una forma de justificar un límite de la aplicación o no aplicación de un concepto vago»⁷⁰.

En definitiva, estos dos argumentos (*vaguedad de orden superior* y efecto de *continuo* de la vaguedad) vienen a decirnos que la vaguedad es *vaga* y que, por tal, conocer *cómo de vaga* es la vaguedad en el Derecho es algo *impreciso*. Al no poder «delimitar» a la vaguedad de forma precisa (algo que subvertiría el propio concepto de vaguedad), y no saber de forma nítida donde se encuentra y donde no se encuentra, no es posible eliminarla: es *inerradicable* del Derecho. Y además, esta tarea de eliminación se hace aun más imposible porque en el ámbito de la adjudicación, los mecanismos interpretativos del Derecho, a los que en un principio se les encomienda esa función de supre-

⁶⁸ MORESO, J. J.: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, cit., p. 110.

⁶⁹ ENDICOTT, T.: *Vagueness in Law*, cit., p. 74.

⁷⁰ REDONDO, M. C.: «Teorías del Derecho e indeterminación normativa», cit., p. 191.

sión (como hace el *interpretativismo*), al estar afectados de vaguedad, no es posible utilizarlos de forma precisa, y les es imposible cumplir aquella función. Si la vaguedad que caracteriza a la discrecionalidad es *ineradicable* y ésta lleva *incertidumbre* a la toma de decisiones del juez en los *borderline cases*, entonces, también es *ineliminable* la imprecisión y consiguiente indeterminación con la que se presenta en el Estado de Derecho el «deber judicial de resolución» en esa clase de casos.

IV. CONCLUSIÓN

Por todo lo dicho, resolver la *indeterminación* del Derecho por parte de los jueces –cuando se presenta– mediante técnicas y mecanismos de interpretación que adolecen de *vaguedad* genera decisiones judiciales *inciertas*, y muestra por qué, en mi opinión, el contenido del «deber judicial de resolver» se presenta, respecto a los *borderline cases*, como un deber *impreciso*. Si describimos cómo es el *contenido* de dicho deber judicial en esa clase de casos, no hay más remedio que aceptar que aquí la toma de decisiones por el juez *no* se encuentra configurada de forma *precisa* ni delimitada de forma *nítida* y que, en la medida en que no puede guiar al juez en la toma de decisiones, esto hace *incierta* a esa actividad judicial.

De aceptarse la tesis de la imprecisión e indeterminación (parcial: en los *borderline cases*) del deber judicial de resolución, habría que entenderla dentro de las consecuencias *significativas* de la vaguedad e indeterminación en el sistema jurídico. Pero si alegamos una tesis contraria: que el deber judicial de resolver cualquier clase de casos *siempre* se encuentra bien delimitado y bien configurado en el sistema jurídico, de modo que el juez siempre dispone de una guía que orienta y predetermina de forma precisa su toma de decisiones, posiblemente esto nos lleva a aceptar a la concepción del Derecho como un sistema «completo» como la mejor descripción de la realidad jurídica. Aunque para eso, habría que salvar la *objeción* que aquí se realiza a esta concepción en el ámbito de la adjudicación: si la «determinación» del deber judicial de resolver tiene por causa al «Derecho como tal» (determinación *intrajurídica*), o se debe a la delimitación que de tal deber llevan a cabo las «teorías del Derecho» no-positivistas (delimitación *extrajurídica*), precisamente por no hacerlo el sistema jurídico y, por esa razón, entonces, el deber judicial de resolver, que es deber legal, no puede decirse que se presente como un deber siempre tan preciso y cierto.

La tesis de la imprecisión e indeterminación (parcial) del deber judicial de resolver se identifica más con la concepción de la *Vigilia*⁷¹,

⁷¹ Cfr. MORESO, J. J.: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, cit., p. 187.

frente al modelo de decisión judicial *libre* (la *Pesadilla*) que se correspondería con la «indeterminación total» de este deber judicial, o frente al modelo de la decisión judicial *obligada* (el *Noble Sueño*), que se relacionaría con su «determinación total»⁷². Y en el esquema judicial de E. Diciotti, se identificaría tanto con el modelo de juez *insatisfecho* (*construcciones dogmáticas* como mecanismo discrecional y subjetivo) como con el de juez *incierto* (discrecionalidad judicial).

Comparto con P. Comanducci que la *teoría del Derecho neoconstitucionalista* «da cuenta, mejor que la tradicional iuspositivista, de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos»⁷³. La tesis que aquí se alega puede entenderse como una posible alternativa a las concepciones de la teoría iuspositivista tradicional que, por las «transformaciones sufridas por el objeto de investigación», no describen satisfactoriamente «la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos»⁷⁴. La tesis sobre la imprecisión del deber judicial de resolver en algunos casos constituye una crítica directa hacia «tres de las características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, que hoy «no parecen sostenibles»: «el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo»⁷⁵. Y su pretensión última es poder contribuir modestamente a una mejor descripción de la realidad del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E. y BULYGIN, E. (1983): «Definiciones y normas», en E. Bulygin, M. D. Farrell, C. S. Nino y E. A. Rabossi (comps.), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Abedelo-Perrot, Buenos Aires, pp. 11-42.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (2002): «Estado de Derecho, Crisis de la Ley y Estado Constitucional», en *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, pp. 255-272.
- ASÍS ROIG, R. de (1995): *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, prólogo de G. Peces-Barba, Marcial Pons, Madrid.
- (1998): *Sobre el razonamiento judicial*, McGraw-Hill, Madrid.
- BARRANCO AVILÉS, M. C. (2004): *Derechos y decisiones interpretativas*, prólogo de F. J. Ansuátegui, Marcial Pons, Madrid.
- BIX, B. (2003): *Law, Language, and Legal Determinacy*, Oxford University Press, Oxford.

⁷² Cfr. BARRANCO AVILÉS, M. C.: *Derechos y decisiones interpretativas*, prólogo de F. J. Ansuátegui, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 41-66 para un análisis exhaustivo sobre los tres modelos de decisión judicial.

⁷³ COMANDUCCI, P.: «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», cit., p. 102.

⁷⁴ COMANDUCCI, P.: «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», cit., p. 97.

⁷⁵ *Idem*.

- CARBONELL, M. (ed.) (2003): *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- COMANDUCCI, P. (1998): «Principios jurídicos e indeterminación del Derecho», *Doxa*, núm. 21-II, Universidad de Alicante y CEPC, Alicante, pp. 89-104.
- (2002): «Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica», *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 71-94; hay trad. española, ID., «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», traducción de Miguel Carbonell, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2002, pp. 89-112.
- DEL REAL ALCALÁ, J. A. (2002): «Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley Constitucional. El caso del término “nacionalidades” como concepto jurídico indeterminado», en *Derechos y Libertades*, núm. 12, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 223-250.
- «Vaguedad y legislación. Doctrinas contemporáneas que cuestionan el “ideal de certeza” del Derecho», *Paper* presentado al *Congreso Internacional de Culturas y Sistemas jurídicos comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México DF, 9 al 14 de febrero de 2004. (en prensa).
- (2006): «Los ámbitos de la “doctrina de la indeterminación” del Derecho», inédito (en prensa).
- (2006): «La “doctrina de la completitud” del Derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo», inédito (en prensa).
- DICIOTTI, E. (1999): «Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato», *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 97-138.
- (1999): «Interpretazione della legge e discorso razionale», *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino.
- DWORKIN, R. (1999): *Taking Rights Seriously*, 2nd edition, Duckworth, London, 2002; trad. esp. ID., *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona.
- (2000): *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford.
- ENDICOTT, T. (2000): *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford.
- (2001): «Law is Necessarily Vague», *Legal Theory*, núm. 7, Cambridge University Press, pp. 379-385; hay trad. española, ID., «El Derecho es necesariamente vago», trad. de J. Alberto del Real Alcalá, *Derechos y Libertades*, núm. 12, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, pp. 179-189.
- FULLER, L. L. (1969): *The Anatomy of Law*, Frederick A. Praeger, Inc., Publishers, 1968; hay trad. esp., *Anatomía del Derecho*, versión de Luis Castro, Monte Ávila Editores, Editorial Arte.
- GUASTINI, R. (2003): *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5.^a ed., traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Editorial Porrúa y UNAM, México DF.
- (1986): «Su i principi di diritto», *Diritto e società*.
- (1996): «Derecho dúctil, Derecho incierto», traducción de Marina Gascón, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIII, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, pp. 111-123.
- (1999): *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, traducción española de Jordi Ferrer, Gedisa, Barcelona.
- (2003): «La “constituzionalizzazione” dell’ordinamento», *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, pp. 147-172; hay versión en español, ID., «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, pp. 49-73.

- HART, H. L. A. (1998): *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961; traduc. esp., ID., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- (1997): «Postscript», en Hart, H. L. A.: *The Concept of Law*, 2.^a edición, Clarendon Press, Oxford, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, pp. 238-276; hay trad. esp., *Post scriptum al concepto de derecho*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México DF, 2000.
- (1980): «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. del Páramo, *Sistema*, núm. 36, mayo, pp. 3-18.
- (1994): «Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño», en Casanovas, P. y Moreso, J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, pp. 327-350.
- LUZZATI, C. (1999): *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Università di Milano, Istituto di Filosofia e Sociologia del Diritto, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano.
- (1990): «Vaghezza, interpretazione, e certezza del diritto», *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 133-178.
- (1992): «Le definizioni implicite dei giuristi», *Analisi e Diritto*, Giappichelli Editore, Torino, pp. 215-224.
- MORESO, J. J. (1997): *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid.
- (2003): «Conflictos entre principios constitucionales», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, pp. 99-121.
- (2002): «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en Navarro, P. E. y Redondo, M. C., *La relevancia del Derecho*, Gedisa, Barcelona, pp. 93-116.
- (2002): «Guastini sobre la ponderación», *Isonomía*, México, núm. 17.
- REDONDO, M. C. (1997): «Teorías del Derecho e indeterminación normativa», *Doxa*, núm. 20, Universidad de Alicante y CEPC, Alicante, pp. 177-196.
- TARELLO, G. (2002): *Cultura jurídica y política del Derecho*, edición de J. L. Monereo, Comares, Granada.
- ZAGREBELSKY, G. (1992): *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, G. Einaudi, Torino, traduc. esp., ID., *El Derecho dúctil*, traducción de Marina Gascón, epílogo de Gregorio Peces-Barba, Trotta, Madrid.

Demos y Democracia

Por MANUEL ESCAMILLA CASTILLO
Universidad de Granada

RESUMEN

El siglo xx estuvo marcado por el surgimiento y la derrota de dos versiones del totalitarismo: la nacionalsocialista y la comunista. La primera fue derrotada por las armas, a un precio espantoso, en la Segunda Guerra Mundial. La segunda lo fue por la presión irrefrenable de las masas huyendo del paraíso proletario, después de haberse pagado un precio muy superior aún, según todas las estimaciones. De ambos totalitarismos han quedado residuos en diversas partes del mundo; pequeños, pero no menos dolorosos por eso desde el punto de vista de la vida y la dignidad humanas. A pesar de esa derrota, nuevos totalitarismos surgen en este siglo XXI bajo diversas banderas: anti-mundialización, indigenismo, integrismo religioso. Todos ellos comparten mucho; entre otras cosas, la reivindicación de una democracia «auténtica». Frente a esto, vale la pena volver la vista a la idea de democracia limitada, es decir democracia liberal, para profundizar en su sentido.

Palabras clave: *Democracia, Totalitarismo, Pueblo, Liberalismo.*

ABSTRACT

The 20th century was marked by the rise and fall of two versions of totalitarianism: nazism and comunism. The first was defeated by force of arms, at a terrible price, in the Second World War. The second, by the unstoppable pressure of the masses fleeing from the proletarian paradise, having paid an even higher price, according to all estimates. Both totalitarianisms have left several residues in several parts of the world, tiny but no less painful for that from the point of view of human life and dignity. In spite of that defeat, new totalitarianisms are arising in this 21st century under various banners: anti-globalization, indigenism, religious fundamentalism. All of them have much

in common; amongst other things, the claim for an «authentic» democracy. Against this it is worth reconsidering the idea of limited democracy, that is, liberal democracy in order to go more profoundly into its meaning.

Key words: *Democracy, Totalitarianism, People. Liberalism.*

SUMARIO: 1. EL APARENTE PROBLEMA: LA MUNDIALIZACIÓN, PERVERTIDORA DE LA DEMOCRACIA.—2. EL SENTIDO DE LA DEMOCRACIA: LA PRUEBA DE LAS PATERAS.—3. LA DEMOCRACIA LIBERAL.—4. LA DEMOCRACIA «AUTÉNTICA».—5. EL DEMOS.

1. EL APARENTE PROBLEMA: LA MUNDIALIZACIÓN, PERVERTIDORA DE LA DEMOCRACIA

El siglo xx fue un siglo marcado, en el terreno político, por los totalitarismos. Fue un siglo en el que esos totalitarismos hundieron al género humano en un abismo insondable de barbarie e indignidad, si se mira hacia los verdugos; de sufrimiento y miseria moral, visto desde el lado de las víctimas. No es, a pesar de ello, un siglo al que haya que mirar con desesperanza puesto que los totalitarismos fueron derrotados. No fue fácil la victoria. Costó dos guerras mundiales, dos ingentes piedras sacrificiales. En la Segunda Guerra Mundial, se derrotó al totalitarismo nazi y sus aliados, al totalitarismo del pueblo racialmente definido. En la Guerra Fría, la nunca declarada Tercera Guerra Mundial, se derrotó al totalitarismo del pueblo definido clasistamente. Queda algún residuo de ambos totalitarismos; en Corea del Norte, en Cuba, en España, perviven residuos totalitaristas, hegemónicos y de la modalidad clasista en los dos primeros casos, y minoritarios y de la variedad nacional-racial en el último.

Parecía que, en estos inicios del siglo xxi, salvo fenómenos de carácter residual —pero no por eso menos dañinos—, el totalitarismo había pasado, y que debíamos centrarnos en los graves retos provenientes del reverdecimiento de una cierta teo-política medieval, cuando nos viene a surgir un nuevo protagonismo político del pueblo-raza de la mano de los movimientos llamados «indigenistas», desde los «zapatistas» a los «cocaleros». En efecto, volvemos a encontrar, en estos movimientos indigenistas, los ingredientes fundamentales del totalitarismo del siglo pasado, con sus profundas raíces decimonónicas: se toma una parte del pueblo por el todo (los arios, el proletariado, los «euskaldunes» o los indios); se subordina la individualidad a la colectividad, al todo; se concibe la política como el arte de lograr la efectividad de la voluntad del todo, del pueblo, que debe imperar irrestricta. Se clama, entonces, por una democracia auténtica, frente a la democracia existente, supuestamente desvirtuada.

Hay ejemplos de diverso tipo que se podrían mencionar como expresivos de esta nueva invocación al pueblo; muchos de ellos surgen en el contexto de una cierta moda protestataria, presente también en el mundo académico, que intenta alertar de los peligros que acechan a la democracia provenientes del fenómeno denominado como «mundialización». Esta mundialización es el hecho de que la comunicación entre las diversas partes del mundo es cada vez más rápida y fácil y de que, en consecuencia, hay más influencia recíproca entre esas partes. Esta fácil influencia, que se produce en todos los campos (la ciencia, las humanidades, la economía, el arte, el estilo de vida, etc.), se ve por algunos autores como una amenaza para la democracia.

Por circunscribirnos a planteamientos concretos, tomaré como referencia una opinión que me parece significativa de esta llamada de atención. Se expresó en el reciente XXII.º Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social que se celebró en Granada, sobre el tema *Derecho y justicia en una sociedad global*, y que es un muestrario bien expresivo, aunque parcial, de las tendencias actuales en la teoría político-jurídica mundial¹. La sustancia de la opinión que consideraremos es que un sujeto político nuevo se ha superpuesto al viejo *demos*. Las empresas multinacionales, ciertas organizaciones internacionales (la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Central Europeo, etc.) y los Estados Unidos integran principalmente ese nuevo sujeto político. Además, ha surgido un presunto enemigo adicional de la democracia, un supuesto fascismo social:

«(...) *la aparición del fascismo social*. No me refiero aquí a una vuelta al fascismo de los años treinta y cuarenta. Al contrario que aquél, el fascismo actual no es un régimen político, sino más bien, un régimen social, de una civilización. En lugar de sacrificar la democracia en favor de las demandas del capitalismo, se trivializa hasta tal punto que ya no es necesario, y ni siquiera conveniente, sacrificar la democracia para promover el capitalismo. Se trata de un fascismo plural producido por la sociedad más que por el Estado (...)»².

Aclara enseguida el profesor Santos, autor de estas líneas, que ese nuevo fascismo se produce, en su opinión, cuando se someten a la lógica del mercado libre ciertas relaciones de cooperación social que deberían ser excluidas del tráfico mercantil. Es lo que él llama «sociedad de mercado», distinta a la «economía de mercado», y que sería «moralmente repugnante y, probablemente, ingobernable»³.

¹ Hubo allí gentes que provenían de todas las partes del mundo. Con la sola ausencia, que es bien significativa desde luego, de África.

² SANTOS, B. de Sousa, «El uso contrahegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39, 2005, pp. 363-420, p. 373.

³ *Ibidem*, p. 405, «Esto implica, por ejemplo, que algunas instituciones sociales, como la educación, la sanidad y el sistema de pensiones, se convierten en mercancías

El lector académico se sentirá sorprendido por la mezcla que realiza el profesor Santos entre fascismo y capitalismo. Como no parece que pueda desconocerse ni en el nivel de los principios, ni en el de los hechos históricos, que el fascismo es tan incompatible con el capitalismo como el socialismo o el anarquismo, habría que realizar aquí una tarea previa de depuración conceptual.

El grado de confusión conceptual aumenta con la distinción entre una economía de mercado y una llamada «sociedad de mercado», moralmente repugnante. Hay que tener en cuenta que se sitúa el autor, entonces, en el terreno de lo prescriptivo, más que en el de lo descriptivo, más adecuado probablemente para transformar la realidad que para interpretarla. Aún suponiendo que la realidad fuera tan rechazable como afirma Santos, y aún suponiendo que se pudiera transformar la realidad de un plumazo, que ésta se dejara acomodar al arbitrio de cualquier mente omnisciente, parece de buen sentido tener una descripción correcta de la realidad antes de sentenciar su inadmisibilidad y, no menos, de indicar la utopía sustituta y el método para implantarla.

De este modo, estaría, por un lado, la regulación del mercado y, por otro, la del Estado. Se trata de una confusión producida por el abuso del recurso a las metáforas, que hace que el lenguaje alusivo haya impregnado la forma habitual de expresarse en un gran número de campos. El mercado, que es algo que no tiene una realidad institucional salvo en contadas ocasiones (el mercado de valores —«la Bolsa»—, por ejemplo), tiene unas pautas que permiten entender su funcionamiento y tratar de hacer unas previsiones para quienes deseen operar en él o piensen que se pueden ver afectados por el mismo; pero es una comprensión *ex post facto*, no normativa⁴; lo que explica, por cierto, la conocida observación de por qué hay tan pocos profesores de economía que se hayan hecho ricos especulando en algún tipo de mercado, ni siquiera en los más institucionalizados. Tienen el mismo escaso éxito, y por razones en cierto modo similares, que los adivinos jugando a la lotería. Y es que no hay unas normas que regulen el comportamiento mercantil de la gente, lo que es su objeto de deseo y la intensidad del mismo, más allá del marco jurídico que lo regula. Pero éstas son normas jurídicas, que provienen *grosso modo* del Estado (es estatal incluso, a fin de cuentas, la *lex mercatoria*, si acaba por ser *lex*); no son, por tanto, *normas* del mercado.

En todo mercado que merezca este nombre, y que no sea un mero tráfico impuesto por la fuerza bruta, hay cosas que son *extra commercium* y cuya enumeración constituye un molde para el vaciado de las cosas *intra commercium*. Como saben bien los juristas, esto es algo tan antiguo, como poco, como el Derecho Romano. Son cosas *extra commercium*, 1.º, aquéllas fuera de la disponibilidad por parte del ser

o servicios, y se gestionan como ellas, con lo que terminan por obedecer lo que dictan el mercado, los intereses comerciales y la competencia.»

⁴ HAYEK, F. A., *Principios de un Orden Social Liberal*, trad. P. de la Nuez, Unión Editorial, Madrid, 2001, 132 pp., pp. 39 ss.

humano (la verdad, la fuerza y la belleza); 2.º, los principios (lo sagrado, es decir aquello sobre lo que, por definición, no se admite negociación: las bases ontológicas; en una sociedad liberal, los atributos esenciales del ser humano, que vienen definidos en su esencia y en la protección que necesitan por los derechos humanos⁵; son derechos que se resumen en la tríada revolucionaria: libertad, igualdad, fraternidad) y, 3.º, las inherentes al propio concepto de mercado (que fijan las posibilidades de existencia de éste: el Estado y el derecho). No todo, pues, es sometible a la lógica del mercado en una sociedad de mercado, por usar la expresión de Santos; o en una sociedad liberal, por usar la expresión establecida. Por otra parte, una sociedad de mercado, una sociedad en la que la cooperación individual se basa en el acuerdo libre de voluntades (allí donde es admisible, como acabamos de ver) es difícilmente calificable como una sociedad fascista, como la que impone, mediante el recurso a la violencia física o moral esa «cooperación». Las sociedades fascistas, en la medida en que sea válida esta expresión, estarán más próximas al resto de las sociedades colectivistas, totalitarias, que a las liberales (o de libre mercado).

Situadas las cosas en el terreno apropiado, entonces, parece que lo que molesta a los críticos de la mundialización no es ésta en sí, sino el hecho de que la facilidad de las comunicaciones en el mundo contemporáneo está favoreciendo (aunque muy limitadamente, si se mira todo con la perspectiva adecuada) la implantación del capitalismo. Los movimientos anti-globalización (anti-mundialización, en español) son, en realidad, movimientos anti-capitalistas, es decir, anti-liberales.

¿Cómo entender, entonces, la defensa que hacen nuestros autores de la democracia representativa, criatura de la teoría y la práctica políticas liberales? ¿A qué se refiere Santos cuando habla de democracia? ¿Qué se entiende por «soberanía popular» o por «demos» cuando se lamenta de que éste no pueda imponer su voluntad a través de la democracia representativa? El presente trabajo es un intento de responder a estas preguntas.

2. EL SENTIDO DE LA DEMOCRACIA: LA PRUEBA DE LAS PATERAS

Es importante clarificar todo esto, porque entiendo que la democracia es el sistema político mejor de los que han existido hasta el

⁵ Esta sacralidad del ser humano característica de la Modernidad, que hace que haya que acercarse a él, como a todo lo sagrado, con una cautela reverencial litúrgica, codificada ritualmente, y que haya un fondo de él que se resista al conocimiento racional, y que permanezca como inefable y como sólo perceptible a través de una intuición próxima a lo místico; esta sacralidad, decía, se está ampliando en nuestros días a la naturaleza, que va quedando progresivamente también como *extra commercium*, y adquiriendo todas las otras cualidades y exigencias de lo sagrado.

momento, aunque sólo sea por los resultados que produce. Voy a partir en mi argumentación de una afirmación cuya veracidad no voy a intentar demostrar: las teorías y las prácticas políticas están al servicio del ser humano, de la gente, de su bienestar. Un bienestar que es medible si atendemos a la duración de la vida humana, a la calidad de esa vida física y a la posibilidad, para la gente, de elegir y cumplir su propio proyecto vital con la mayor libertad y plenitud; y si atendemos a la proporción de la población que tiene a su alcance disfrutar de esa vida larga y de calidad. Las instituciones políticas no son el origen del bienestar humano, pero son muy importantes para que pueda darse. Sin un marco legal e institucional adecuado es imposible que pueda darse ese bienestar⁶, aunque el bienestar no venga producido por ese marco, sino por las relaciones humanas que se produzcan en su interior. Pues bien, en la actualidad, en los países llamados occidentales, libres, desarrollados, es decir, en los países en los que funciona el modelo de la democracia liberal, existe más bienestar humano que en ninguna otra parte y que en ninguna otra época de la historia de la humanidad. Sin ánimo de trivializar situaciones trágicas para mucha gente, podemos comprobar lo que acabo de afirmar con lo que denomino «la prueba de las pateras»: ¿En qué dirección se encaminan las pateras?

Si pensamos que los seres humanos no somos imbéciles, lo que parece bastante sensato; o si pensamos, al menos, que la mayoría de los seres humanos no somos imbéciles la mayor parte del tiempo, la prueba de la dirección de las pateras es un índice bastante fiable de dónde se vive mejor, de qué sistemas políticos son los que contribuyen al bienestar humano, tal como lo hemos definido anteriormente, y cuáles no. Las pateras no van desde España hacia Marruecos, desde Europa hacia África; los balseros no cruzan el Caribe para escapar de Estados Unidos y refugiarse en Cuba; el salto del muro de Berlín no era de Berlín occidental hacia Berlín oriental. El muro de Berlín lo construyeron precisamente los gobernantes de la Alemania comunista ante el temor de que el país se les vaciara. Mucha gente, todos los que han podido, se han apostado su vida y la de sus hijos, con una elevada probabilidad de perderla, por cambiar de sistema político. Sin duda pensaban que la vida que intentaban dejar atrás no merecía ser vivida,

⁶ Este es, precisamente, el punto de partida de la ponencia de Francisco J. Laporta en el mismo congreso (LAPORTA, F. J., «Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39, 2005, pp. 243-265). Laporta cita, como punto de partida de su argumentación, uno de los textos clásicos que señalan las importantes consecuencias de la ignorancia del imperio de la ley; el texto del Leviatán que conduce al conocido y terrible diagnóstico de que, si no se está bajo el gobierno de la ley, la vida del hombre sería «solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta». No hay que dejar de reflexionar nunca sobre textos como éste de Hobbes. De hecho, en otra de las ponencias importantes del congreso que vengo mencionando, la de Itaru Shimazu, también se parte de la advertencia hobbesiana (SHIMAZU, I., «Decisiones individuales y colectivas: El concepto de derecho y el cambio social», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39, 2005, pp. 476-490).

que no era vida; que valía la pena jugársela. Es una postura muy seria y debe ser tomada en consideración seriamente. Respecto de los juicios que las opciones políticas básicas merecen a la gente, parecen índices más fiables aquéllos en los que la emisión del juicio implica la asunción de un importante riesgo que en aquéllos en los que no. Como índice de las auténticas valoraciones que hace la gente, actos tales como la objeción de conciencia al servicio militar que realizaban durante el franquismo los testigos de Jehová o las huelgas de hambre en serio del Mahatma Gandhi son más relevantes que la asistencia a una manifestación en un país en el que se respeten los derechos humanos o que ejercer el derecho de sufragio en un país democrático. La inmigración ilegal es uno de esos actos perfectamente serios que son bien expresivos de la opinión y la voluntad de la gente⁷, y el sentido de la marcha de las pateras nos indica muy precisamente hacia dónde debemos tender; dónde encontrar el mundo ideal. El mundo ideal es el nuestro; o lo será una vez que hayamos eliminado las sombras que lo oscurecen.

La historia política es, en gran parte, la de los sucesivos intentos de implantar mundos ideales artificiales, diseños de mentes que se consideran a sí mismas como descubridoras de una verdad sobre la sociedad que se ha negado al resto de la humanidad. En su introducción⁸ a una edición de la *Utopía* de Tomás Moro, llama la atención Fernando Savater sobre el tono aparentemente humorístico de muchos de los pasajes de la obra y se pregunta sobre hasta qué punto el escritor inglés no estaba realizando una reflexión humorística, gentil, sobre su propia sociedad. ¿No será que estamos ante una obra enteramente cómica? Los intentos de realizar utopías ¿no serán intentos de llevar a la práctica las elucubraciones de críticos bonancibles o, peor aún, de adustos engreídos inconscientes de la monstruosidad de sus propias ensoñaciones? ¿Qué estrecho vecindario el de la comedia y la tragedia! En el pasado, los intentos de implantar un mundo justo han acabado inexorablemente en desastres humanos de proporciones bíblicas. El intento de alcanzar la justicia ha producido un monto abrumador de sufrimiento y de degradación humanos. El siglo xx, con la puesta al servicio de la implantación de un mundo justo de técnicas muy avanzadas de control y exterminio social, ha visto la mayor degradación moral y material de la historia de la humanidad con la acción masiva de los totalitarismos nazis y de los comunistas. Parecería ya un aviso imposible de desestimar el de dejar de intentar la implantación de un mundo

⁷ Todo esto con independencia de que el inmigrante en una patera sepa ver todas las implicaciones de la coherencia de los entramados sociales y, por ejemplo, se niegue a abandonar comportamientos machistas o mafiosos, o se resista a practicar la tolerancia religiosa a pesar de querer optar global e intuitivamente por el capitalismo. Ya es sabido que los humanos tenemos una fuerza de voluntad y una capacidad de comprensión limitadas.

⁸ SAVATER, F., «La Imaginación Justiciera», Prólogo a T. Moro, *Utopía*, Espasa Calpe, Barcelona, 2001, 180 pp.

justo para esforzarse, más sencillamente, por eliminar las disfunciones de lo que está contrastado que proporciona bienestar material y moral en unos niveles nunca antes vistos. Pero los arbitristas probablemente necesitan excusas que les impidan reconocer la vacuidad de su propia condición, por lo que no es de esperar que dejen nunca en paz a la humanidad. Y aún habrá que esforzarse denodadamente para que no nos vuelvan a hacer caer en los delirios del pasado.

3. LA DEMOCRACIA LIBERAL

Intentando aprender de nuestros errores, lo mejor que podemos hacer, en este terreno, es refinar el modelo político del que disfrutamos. El modelo tiene unas características básicas que son muy pocas.

Primero, se trata de una democracia representativa, no de una democracia directa.

Es decir, el pueblo no gobierna directamente, sino que gobierna a través de representantes. La democracia directa, en su versión asamblearia, fue la vigente en la Atenas clásica⁹; este modelo se desestimó para los tiempos modernos por razones prácticas, ya que el tamaño de las sociedades políticas contemporáneas lo haría inviable. Pero no sólo por eso; ya en la Antigüedad se descartó ese modelo como indeseable, incluso para grupos humanos pequeños. A la gente de mi generación, que vivió la época de efervescencia estudiantil de la Transición, sólo recordar las eternas asambleas de estudiantes y, luego, de «penenes»¹⁰, nos deja enervados, como poseídos súbitamente por una languidez monótona. La convocatoria y el orden del día eran siempre decididos por un pequeño grupo de representantes (de los que quien esto escribe formaba parte frecuentemente), en prodigiosa coordinación (no existía Internet entonces) con otros grupos de las universidades de toda España. Tras dos o tres horas de laberíntica discusión, y cuando parecía que finalmente se votaría, subía a la tarima alguno de los representantes, que pronunciaba unas escalofriantes palabras: «—Un momento, compañeros.» Ya se sabía que venían tres cuartos de hora de oscuras disquisiciones entre dos o tres de los representantes. Si por algún raro azar la discusión se resolviera con brevedad, con presteza surgía un nuevo «—Un momento, compañeros». De lo que se trataba, naturalmente, era de ir dilatando la reunión, cuando se veía que la correlación de fuerzas no auguraba un resultado favorable en la votación, para conseguir que la gente con menos fervor por la causa se

⁹ RODRÍGUEZ ADRADOS, F., *Historia de la democracia. De Solón a nuestros días*, Temas de Hoy, Madrid, 1997, 511 pp., p. 134.

¹⁰ «Profesores no numerarios», en la traducción coloquial que se hizo de la expresión tecnocrática.

fuera marchando, bien por agotamiento físico y mental, bien porque tuviera algo más importante, placentero o perentorio que hacer. Súbitamente, cuando los militantes se quedaban en íntima soledad, ya no había más que deliberar, se votaba inmediatamente y la cuestión quedaba decidida. De este modo, la gente que vivimos aquella época de efervescencia estudiantil quedamos vacunados contra la democracia directa, y los intentos recientes de reimplantar el modelo en la escala de los Estados contemporáneos, so pretexto de que el desarrollo de la informática lo ha hecho posible¹¹, no pueden sino provocarnos un rechazo reflejo y preocupado, porque las cuestiones que se ventilan en cualquier democracia moderna son cuestiones trascendentes para la vida, la libertad y la dignidad de millones de seres humanos. Democracia representativa, entonces.

Segundo, basada en el sufragio universal, libre, directo y secreto.

Tal como se ha ido decantando el modelo a lo largo de los dos últimos siglos¹². Sufragio secreto; es decir que, si uno quiere, puede ocultarse en un cabina para meter su voto en un sobre para que nadie se entere de su voto, como forma de garantizar una decisión libre y correcta. Hace algún tiempo, en la reunión de una sociedad de profesores de filosofía, surgió una discusión, que se fue exaltando por momentos, a propósito de la participación simbólica de España en la guerra de Irak que había decidido el gobierno español de entonces. Hubo en aquella época una intensa agitación social, que incluía principalmente manifestaciones y algaradas estudiantiles, como forma de influir en las inminentes elecciones municipales del 2003. A pesar de la campaña en contra del partido en el gobierno, los resultados de las elecciones fueron favorables a éste, lo que provocó la desazón de quienes habían participado en la agitación. Comentando todo esto, en la discusión de profesores a que me refiero, uno de los colegas decía: «-Hay que acabar con el voto secreto, el voto tiene que ser público, como en las asambleas, levantando la mano para que cada uno se haga responsable de lo que vota.» Ese «hacerse responsable» sonaba, claro está, claramente amenazador para el que osara ser disidente.

¹¹ En «La Democracia y el Poder Invisible» (en BOBBIO, N., *El Futuro de la Democracia*, trad. de J. F. Fernández, FCE, México, 1986, 138 pp., pp. 65-83), Norberto Bobbio destaca este tema, pero invierte el problema, premonitoriamente, hay que decir, dado que su escrito es anterior al extraordinario desarrollo de la Internet: «(...) hoy la idea de que la democracia directa sea posible con la ayuda de las computadoras ya no es el fruto de una imaginación extravagante. ¿Por qué el mismo uso de las computadoras no podría hacer posible un profundo conocimiento de los ciudadanos de un gran Estado por parte de quien detenta el poder?» (p. 82).

¹² El sufragio universal, como es sabido, se introdujo tardíamente en las democracias occidentales. Se reconoció el voto universal masculino muy a fines del siglo XIX y sólo ya bien entrado el siglo XX se reconoció el voto a la mujer. Diversas formas de apartheid, muy relevante en esta cuestión, han estado vigentes hasta bien recientemente.

Tercero, un modelo de democracia que esté basado en el imperio de la ley.

Conforme con la definición clásica del imperio de la ley, formulada por John Locke hace ya más de trescientos años: «Así quien quiera que tenga el poder supremo o legislativo de cualquier república, está constreñido a gobernar mediante leyes permanentes y establecidas, promulgadas y conocidas por la gente y no mediante decretos extemporáneos; mediante jueces rectos e indiferentes, quienes han de decidir las controversias mediante aquellas leyes; y a emplear la fuerza de la comunidad en el interior, sólo en ejecución de tales leyes o en el exterior para prevenir o castigar las injurias extranjeras y asegurar a la comunidad frente a incursiones e invasiones»¹³.

En cuarto lugar, el modelo de democracia occidental se basa en el principio de la división de poderes.

Allí donde no exista división de poderes tampoco podemos hablar de que exista democracia. Básicamente, tal como lo establece Montesquieu –también Locke, pero fundamentalmente Montesquieu–, división de poderes no tanto entre tres poderes, sino entre dos poderes fundamentales: El poder de decidir las cuestiones políticas en términos generales, por un lado, y el poder de resolver la aplicación concreta de esas decisiones generales, por el otro. «(Cuando) el mismo cuerpo de magistratura tiene, como ejecutor de las leyes, todo el poder que se ha ejecutado como legislador, puede asolar al estado por sus voluntades generales, y como tiene además el poder de juzgar, puede destruir a cada ciudadano por sus voluntades particulares»¹⁴. Si no tenemos esta división de poderes, si no tenemos esta separación entre ley general y decisión particular, tenemos un poder despótico, terrible e irresistible.

Quinto, la democracia occidental es también una democracia respetuosa con los derechos humanos.

Éste es otro elemento fundamental desde el principio en la definición de democracia aunque, en los momentos iniciales, el concepto al que se recurría no era el de derechos humanos, sino el de derechos naturales; algo muy parecido.

Derechos humanos que, desde el principio, son individuales; los derechos colectivos son derechos instrumentales al servicio de los

¹³ LOCKE, J., *An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government (Second Treatise), Two Treatises of Government*, Cambridge U. P., Cambridge, 1991, 464 pp., p. 131. Me he ocupado de este tema en ESCAMILLA CASTILLO, M., «La Democracia Negativa», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36, 2002, pp. 281-301.

¹⁴ MONTESQUIEU: *Del Espíritu de las Leyes*, trad. de M. Vázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1985, 473 pp., p. 108. Trato el tema en ESCAMILLA CASTILLO, M., «¿Deben Pensar los Juristas?», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª Época, 3, 2000, pp. 397-419.

individuos, únicos que pueden ser titulares en última instancia de derechos, si es que queremos ser empiristas¹⁵:

«Me parece que el Sr. de Montesquieu, como la mayoría de los escritores políticos, ha confundido dos cosas: la libertad y su garantía. Los derechos individuales son la libertad; los derechos sociales son la garantía de esa libertad. El axioma de la soberanía del pueblo se ha considerado como un principio de libertad, sin embargo es un principio de garantía, no de libertad.

El axioma de la soberanía del pueblo está destinado a impedir a un individuo ampararse en la autoridad que no pertenece más que a la asociación entera, pero no establece nada sobre la naturaleza y los límites de esa autoridad.

La máxima del Sr. de Montesquieu de que los individuos tienen el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten es, por eso mismo, un principio de garantía. La libertad no es otra cosa que lo que los individuos tienen el derecho de hacer y que la sociedad no tiene el derecho de impedir»¹⁶.

El párrafo de Benjamín Constant está comentando otro de Montesquieu, en el que éste había definido la libertad como la obediencia a la ley¹⁷, formulando una paradoja terrible y que ha marcado la reflexión política desde entonces. Libertad es la obediencia. Montesquieu se equivocaba y la rectificación de Constant es muy oportuna: Libertad no es obedecer a la ley; libertad es lo que Montesquieu llamaba libertad filosófica¹⁸, libertad es hacer lo que uno quiere. Eso es lo que significa libertad y, por tanto, libertad no puede ser obediencia. Otra cosa es que esa libertad no esté garantizada más que allí donde existan derechos. Podemos resumir la frase entonces y decir que la libertad no es otra cosa que lo que los individuos tienen el derecho de hacer y que la sociedad no tiene el derecho de impedir.

Adviértase, de paso, que Constant comparte la idea básica de la «democracia negativa». Con la democracia no se trata de señalar quién gobierna, ya que el *demos* sólo podría hacerlo muy indirectamente, sino que nadie aparte del *demos* puede arrogarse ese poder¹⁹.

La democracia tal como la conocemos, así pues, es una democracia representativa, basada en el sufragio universal, libre, directo y secreto, en el imperio de la ley, en la división de poderes, en el respeto a los derechos humanos. La democracia es, finalmente, ritual; en ella, las formas son muy importantes y no se pueden menospreciar:

¹⁵ SAVATER, F., «¿Humanos o Colectivos?», *El País* del 4 de octubre del 1998, tomado en <http://personales.mundivia.es/lbouza/savater2.htm>, el 18 de octubre del 2005.

¹⁶ CONSTANT, B., «Note extraite du manuscrit des *Principes* de 1806, livre premier, chapitre III, "Second principe de Rousseau sur l'étendue de l'autorité sociale"», en *Écrits Politiques*, ed. M. Gauchet, Gallimard, Paris, 1997, 870 pp., pp. 793-4.

¹⁷ MONTESQUIEU, *op. cit.*, L. XI, Cap. III.

¹⁸ *Ibidem*, L. XII, Cap. II.

¹⁹ Vid. ESCAMILLA, M., «La Democracia Negativa», *cit.*

«Lo que impide que haya arbitrariedad es la observancia de las formas. Las formas son las divinidades tutelares de las asociaciones humanas; las formas son las únicas protectoras de la inocencia; las formas constituyen la única manera de relación de los hombres entre sí. Fuera de ellas todo es oscuridad, todo queda en manos de la conciencia solitaria, de la opinión vacilante. Sólo las formas son claras, sólo a ellas puede apelar el oprimido»²⁰.

Como hemos visto, estas características de la democracia occidental están fijadas prácticamente desde el principio de la reflexión y de la práctica política de la democracia moderna, aunque hayan tenido que ir decantándose a lo largo del tiempo, como en el caso del sufragio universal que, aunque estaba reclamado al menos desde Locke, tarda prácticamente siglo y medio en establecerse su plena eficacia. Y eso, por razones que tienen que ver con un tema que no es ahora la ocasión de estudiar: la democracia occidental, esta democracia liberal, sólo puede funcionar con un pueblo ilustrado, con unos ciudadanos conocedores y reflexivos. La democracia liberal requiere ciudadanos demócratas, ya que sólo puede ser una democracia reflexiva, lo que sabemos que es todavía un ideal lejano.

4. LA DEMOCRACIA «AUTÉNTICA»

Las características que acabamos de considerar responden al modelo de la democracia limitada, es decir de la democracia liberal. No se ve muy bien cómo esa democracia puede ser originada por una sociedad fascista (Santos). Por otra parte ¿en qué se debe estar pensando cuando, contradiciendo a Santos, se opina que esa democracia puede obstaculizar la expresión auténtica del *demos*?²¹ ¿Cómo haremos para que el *demos* hable audiblemente? ¿Cómo para que no sea fascista?

No hay más remedio que quitar las trabas al pueblo y conseguir así no una democracia limitada, con unos límites que conducen necesariamente a la perversión de la democracia. En su lugar, una democracia auténtica, ilimitada, que sea portadora de la voz genuina del pueblo.

«Decidir una vez cada cierto número de años qué miembros de la clase dominante han de oprimir y aplastar al pueblo en el parlamento: he aquí la verdadera esencia del parlamentarismo burgués (...)»

«La Comuna sustituye el parlamentarismo venal y podrido de la sociedad burguesa por instituciones en las que la libertad de crítica y de examen no degenera en engaño, pues aquí los parlamentarios tienen que trabajar ellos mismos, tienen que ejecutar ellos mismos sus leyes, tienen que comprobar ellos mismos los resultados (...)»

²⁰ CONSTANT, B., *Principios de Política*, trad. M. L. Sánchez Mejía, C. E. C., Madrid, 1989, 289 pp., Cap. XVIII, p. 186.

²¹ CAPELLA, J. R., «La globalización: ante una encrucijada político-jurídica», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 39, 2005, pp. 20-1.

Las instituciones representativas continúan, pero desaparece el parlamentarismo como sistema especial, como división del trabajo legislativo y ejecutivo. (...)»

«Organizaremos la gran producción nosotros mismos, los obreros (...) estableciendo una disciplina rigurosísima, férrea, mantenida por el poder estatal de los obreros armados; reduciremos a los funcionarios del estado a ser simples ejecutores de nuestras directivas, “inspectores y contables” responsables, amovibles y modestamente retribuidos (...).

«Organizar toda la economía nacional como lo está el correo (...) bajo el control y la dirección del proletariado armado»²².

Lenin, reproductor esquemático de Marx, da la palabra al pueblo, yendo así al fondo de la cuestión. Y lo primero que hace, para eso, es suprimir el parlamentarismo, la división de poderes, las formas, los procedimientos: que los obreros armados decidan en cada momento lo que hay que hacer²³. Y que decidan acerca de todo. Es la democracia directa, el pueblo hablando directamente, sin intermediarios, sin parlamentarios, sin formas, sin respeto al principio de legalidad, sin respeto a la ley establecida, a golpe de pistola. Decidiendo en cada momento y actuando en cada momento –porque ya tiene las armas en la mano– en defensa de esa decisión que ha tomado, sin mediación ninguna. Es la democracia de las masas; es decir, las asambleas estudiantiles de antaño pero con armas en las manos.

«Vamos a establecer un sistema de vigilancia colectiva, un sistema de vigilancia revolucionaria (...) y que todo el mundo sepa quién es y qué hace el que vive en una manzana; y qué relaciones tuvo con la tiranía; y a qué se dedica; con quién se junta; en qué actividades anda»²⁴.

«(...) la vigilancia del pueblo no se limitó sólo al lugar de residencia. Los actos públicos, las concentraciones, los espectáculos, como el cine y el teatro, y otras muchas actividades, contaban con cederistas que velaban por la disciplina y el orden. Los provocadores de aquella época eran severamente sancionados por la propia masa. (...) Prácticamente no hay nada en el país en que esta organización no juegue un papel de fundamental importancia»²⁵.

²² LENIN; *El Estado y la Revolución*, trad. Ed. Progreso, Ayuso, Madrid, 1975, 154 pp., pp. 55-61.

²³ Ortega, en lucha corajuda con los totalitarismos que lo rodeaban, ya advertía que no se puede gobernar con las armas en la mano: «La verdad es que no se manda con los jenízaros. Así, Tayllerand pudo decir a Napoleón: “Con la bayonetas, sire, se puede hacer todo, menos una cosa: sentarse sobre ellas”. Y mandar no es gesto de arrebatar el poder, sino tranquilo ejercicio de él. En suma, mandar es sentarse. Trono, silla curul, banco azul, poltrona ministerial, sede. Contra lo que una óptica inocente y folletinesca supone, el mandar no es tanto cuestión de puños cuanto de posaderas. El Estado es, en definitiva, el estado de la opinión: una situación de equilibrio, de estática.» (ORTEGA Y GASSET, J., *La Rebelión de las Masas*, Espasa Calpe, Madrid, 2001, 295 pp., p. 173).

²⁴ CASTRO, F., «Discurso del 28 de septiembre de 1960», cit. en HARNECKER, M., *Cuba ¿Dictadura o Democracia?*, Siglo XXI, Madrid, 1976, 254 pp., p. 112.

²⁵ *Ibidem*, pp. 114-115.

El pueblo resumido en el proletariado. El proletariado resumido en los «cederistas», los miembros de los Comités de Defensa de la Revolución. ¿Para qué el dispendio tecnológico de los televisores omnipresentes e interactivos (como diríamos hoy día) del Gran Hermano orwelliano si pueden ser sustituidos por los omnipresentes cederistas (el portero del edificio, el entusiasta miembro de las Juventudes Comunistas Revolucionarias, la vecina de la entreplanta izquierda, soñando con llegar a ser supervisora comisaria de la fábrica de tabacos en vez de quedarse toda la vida en su actual puesto de supervisora intendente).

Pero los cederistas no son realmente el pueblo; o no lo son todavía. Son solamente sus ojos y oídos; ocasionalmente, sus puños y estacas. ¿Dónde el pueblo? Ya la Escuela Histórica del Derecho había presagiado que, al estar el pueblo en todas partes en general, pero en ninguna en particular, necesitaría un portavoz. El presagio se cumplió de una manera tan cabal que ni los más pesimistas lo hubieran podido imaginar. En *El Derecho y el Estado en la Doctrina Nacional-Socialista*²⁶, Roger Bonnard defendía que, en dicho Estado, los individuos adoptaban «personalidades individuales comunitarias», mediante su participación en el *Volkgeist*, en el *espíritu del pueblo*. El individuo, que sigue siéndolo porque no puede ser otra cosa, se niega a sí mismo y simula no ser ya él mismo, sino una manifestación del pueblo, idéntica (como no puede ser de otro modo) a todas las demás manifestaciones. Animal de costumbres, el individuo acabará sintiéndose lo que sólo simulaba ser y ya no pensará en sí mismo sino como una fracción del pueblo, idéntica a los otros millones de fracciones que lo integran-manifiestan. Si se le pone un uniforme camisa parda, o una chaqueta con cuello *mao* y gorra con estrella roja encima de la visera, habremos acabado finalmente con la individualidad y logrado el pueblo-masa.

De acuerdo con Bonnard, la «personalidad individual comunitaria» tiene conciencia de las exigencias de su comunidad, aunque de un modo desigual, ya que persisten desigualdades constitutivas entre los individuos, tanto de orden moral como intelectuales. Estas diferencias pueden ser tan agudas en algunos casos extremos, que puede llevar a algunos a discrepar en todo de la comunidad. Lo normal, sin embargo, es que haya una participación mediana del individuo-masa, como lo llamaba Ortega, aunque con otras connotaciones, en la conciencia popular. Sólo unos cuantos («los más selectos») alcanzan un grado alto de conexión con el espíritu comunitario.

«Pero entre todos los individuos existe uno, predestinado para ello, que posee al máximo dicha conciencia comunitaria: es el Führer (que) posee por tanto en el más alto grado, una conciencia perfectamente clara del ordenamiento vital del pueblo y de sus normas (...). El Führer es así mismo, por definición, hombre de una

²⁶ BONNARD, R., *El Derecho y el Estado en la Doctrina Nacional-Socialista*, trad. de J. M. Pi Suñer, Bosch, Barcelona, 1950, 245 pp.

elevada moralidad para actuar en todo momento conforme a su conciencia comunitaria (...)»²⁷.

Hay un segundo momento en este proceso de afloramiento de la voluntad del pueblo; el Führer (el Duce, el Conducator, el Caudillo) provenientes del pueblo y en comunión íntima con su espíritu, se separan de él para poder actuar sobre él y, así, poder conducirlo hacia la plena realización de sí mismo, para que se reencuentre consigo mismo en el estadio superior de su realización a que será llevado por la providentísima acción de tan esforzado mentor.

«(...) con un Führer que ejerza un poder personal, el pueblo no se gobierna a sí mismo. Es gobernado, o hablando más propiamente, es conducido. La identidad del gobernante con el gobernado, que constituye la esencia de la verdadera democracia, no existe. (...) El pueblo posee en aquél un «conductor», un «guía», que se ha separado de él y se ha adelantado con el fin de conducir (Führung) al pueblo»²⁸.

Se ha cerrado el ciclo; en el principio, se había denunciado a la democracia representativa por estorbar la efectividad de la voluntad popular. La democracia era representativa, entre otras razones porque el pueblo es muy numeroso en las sociedades modernas; no es ya la comunidad reducida de la polis antigua o de los primitivos cantones suizos. Dividido el poder político moderno entre los millones de ciudadanos (o los cientos de millones, en el caso de los países grandes o en el de la Unión Europea), cada ciudadano toca a muy poco poder efectivo: decidir una vez cada cierto número de años. Pero si se rechaza la representación para hacer más auténtica la democracia, aparecen de nuevo los millones o los cientos de millones de ciudadanos y lo hacen ahora reivindicando un poder más perceptiblemente efectivo y, lo que es peor, con múltiples voces expresando deseos contradictorios las más de las veces. La unidad se hubiera debido lograr por abstracción, intentando obtener lo común. Pero es imposible obtener lo común en lo múltiple, salvo en cuestiones muy básicas, así que se impuso la simplificación de esa multiplicidad no por la búsqueda de lo común, sino por la selección de una parte del pueblo, que habría de valer por el todo. El pueblo se definió por una de sus razas y donde, como en el caso de los países mediterráneos, no hay raza definible alguna ya que todos somos un puro batiburrillo, se habló de una raza cultural, espiritual (la Cristiandad), lingüística. Aún la raza era demasiado amplia y había que señalarle una vanguardia que la condujera al encuentro con su plena autenticidad; los intelectuales, los artistas, el partido. La quintaesencia de todo era el caudillo, que conducirá al

²⁷ *Ibidem*, p. 86.

²⁸ *Ibidem*, pp. 88-89.

demos al estadio final de su evolución en que será puro acto, pura acción, no más potencia inalcanzada.

«Una nueva época original surgió en la historia de nuestro país, una forma diferente de sociedad, un sistema diferente de Gobierno, el Gobierno de un Partido, del Partido de los trabajadores, formado por los mejores trabajadores, creado con la plena participación de las masas, lo que permite afirmar con razón entera y justa que es la vanguardia de los trabajadores y que representa verdaderamente a los trabajadores en nuestra democracia obrera y revolucionaria. Ésta será mil veces más democrática que la democracia burguesa, puesto que iremos hacia formas administrativas y políticas que implican la constante participación de las masas en los problemas de la sociedad; y esto a través de los organismos correspondientes, a través del Partido en todos los niveles.

(...).

Nuestro Partido educará a las masas, nuestro Partido educará a los militantes. Entendámoslo bien: nuestro Partido. ¡Ningún otro Partido, sino nuestro Partido y su Comité Central!

(...) En materia ideológica será el Partido quien diga lo que debe decirse (...). Toda información de tipo político, exceptuada la de los enemigos, no podrá llegar al pueblo más que por medio del Partido, en el momento y en la ocasión escogidos por el Partido»²⁹.

Pero el tono grandilocuente, declamatorio... El gran timonel, expuesto al vendaval furioso, azotado por mil latigazos de mil violentas gotas de mar encrespado en el rostro y el pecho que asoma, viril, por entre la camisa desatendidamente entreabierta, mientras el pueblo, confiado porque ya ha visto a su líder sacarlo de otras mil situaciones comprometidas, se entretiene en jueguecillos inocentes en su seguro abrigo bajo cubierta. En la realidad, sin embargo, las grandes ocasiones se presentan escasas veces y la mayor parte de la vida se va desgastando entre las pequeñas ruindades a las que hay que someterse una y otra vez cuando ya se cedió la primera, entre las miserias cotidianas que son las ocurrencias del ínfimo delegado municipal, distrital, entreplanta-izquierdista, del Conducator. Pasada la momentánea altisonancia proclamatoria, lo que queda es el lento desgastarse del cuerpo y el alma que se va escurriendo por el sumidero, el colector, en que vienen a resolverse las dictaduras.

Éstas son las alternativas que, durante el siglo xx, nos produjo la historia, ese gran laboratorio empírico de lo social, al modelo de tranochada democracia burguesa, liberal, de esa democracia que presuntamente amordaza el *demos* y que, sin embargo, ha sido la democracia señalada como preferida por las encuestas de opinión más fiables, aquéllas que se elaboran a golpe de remo de patera, las que nos dicen hacia dónde, qué modelo es tan atractivo para la gente que la gente se

²⁹ CASTRO, F., «Discours dans la Constitution du Parti Communiste de Cuba», 3 octobre 1965, en CASTRO, F., *Révolution Cubaine II (Textes Choisis 1962-1968)*, ed. de L. Constant, Maspero, París, 1969, 266 pp., pp. 80-1.

juegue la vida por conseguirlo, sabiendo que tiene una alta probabilidad de perderla, y efectivamente la pierda muchas veces en el intento. Lamentablemente, las «democracias auténticas» no son cosa del pasado; siguen encandilando muchas imaginaciones y siguen alentando tomas del poder político, y orientando su ejercicio.

5. EL *DEMOS*

La democracia liberal, frente a estas concepciones democráticas populares que son la democracia marxista y la nazi, o las democracias del renacido nacionalismo, y que parecen reencarnarse en nuestros días en las incipientes pero vigorosas democracias indigenistas, es una democracia limitada que parte de una teoría cognoscitiva empirista y, como empirista, nominalista. Vale decir, la democracia liberal aspira al gobierno por parte del pueblo, a que gobierne el pueblo, pero con la siguiente reserva: cuando salimos a la calle y empezamos a buscar el pueblo, cuando entramos en una taberna, o en una de esas asociaciones de bailes folclóricos y trajes populares tan queridas de un cierto historicismo, o paseamos por un parque para encontrar el pueblo, resulta que no encontramos al pueblo por ningún sitio. No podemos ver al pueblo, por más que nos esforcemos y por más que agucemos nuestra vista, porque cuando buscamos al pueblo nunca encontramos otra cosa que gente, es decir, personas, individuos que son los que andan por ahí, por la calle; y, claro, no podemos encontrar al pueblo, porque el pueblo, como ente real, no existe. El pueblo, el *demos*, no es más que un ente de ficción, es un recurso del lenguaje. El pueblo es un concepto; como tal concepto es un concepto muy útil, como el de nación, Estado, club deportivo o sociedad reunida en comandita. Los conceptos son útiles, pero siempre y cuando no los desenfocemos y los tomemos por la realidad. Cuando no trastoquemos nuestros deseos por la realidad.

En fin, el pueblo no existe. Lo que existe es la gente. Entonces, la democracia, si no quiere ser totalitaria, no puede significar el gobierno por el pueblo; democracia no puede significar otra cosa que el gobierno por la gente, que gobierne la gente, no el pueblo. La diferencia puede parecer una mera diferencia lingüística, terminológica, pero es muy importante. Porque no es lo mismo que quien gobierne deba ser el pueblo, que quien gobierne deba ser la gente. La diferencia es que, como al pueblo no lo podemos encontrar, cuando queremos que gobierne un presunto pueblo, tenemos que encontrar un portavoz de ese pueblo. Alguien tiene que hablar en nombre del pueblo para poder saber lo que quiere. Y ahí es cuando empiezan a torcerse las cosas; cuando empiezan a aparecer portavoces de ese pueblo, que en realidad nunca habla con su propia voz porque no tiene voz, porque no existe, porque no es una entidad real, sino que es una ficción. Pero, a ese pueblo que

no tiene voz, siempre le surgen portavoces por todas partes, auto-declarándose todos ellos como auténticos y hetero-declarando todos ellos a todos los demás como espurios. Ser portavoz espurio es uno de los peores crímenes que se pueden cometer a ojos de los portavoces auténticos, merecedor de la pena de muerte en muchas ocasiones.

Por eso, en vez del pueblo, que gobierne la gente; que gobernemos todos y cada uno de los ciudadanos, en la escasa medida que nos corresponda, dada la gran cantidad de los llamados a gobernar así y lo limitado del gobierno no totalitario. Si partimos, de este modo, de que la democracia no es el gobierno por parte del pueblo, sino el gobierno por parte de la gente, ya no necesitamos encontrar un portavoz; podemos preguntarle directamente a la gente.

Y ahí se nos abre todo un mundo nuevo de problemas: ¿Cómo le preguntamos a la gente? ¿Qué cosas hay que preguntarle?... Entramos en un terreno en el que no hay soluciones definitivas por el momento, y en el que habrá que seguir trabajando durante mucho tiempo.

En definitiva, esta democracia limitada, que es la democracia liberal, esta democracia que no cree en el pueblo, sino que cree en la gente, es una democracia que desconfía de sí misma, es una democracia que es, como en la conocida parábola, Ulises atándose al mástil, en una imagen que tiene una gran fuerza expresiva. La democracia representativa o limitada, o liberal, es una democracia que se ata a sí misma al mástil para no hacer lo que no quiere hacer. Porque se conoce; porque la gente, nosotros, no nos podemos engañar sobre nosotros mismos y, en nuestra introspección, nos da miedo de lo que podemos llegar a hacer, a hacernos y a hacer a los demás. Nos da miedo cuando conocemos nuestra historia y nos damos cuenta de lo que nos hemos hecho los unos a los otros; y no nos fiamos, y nos atamos. En esto consiste la democracia liberal, en atarse uno mismo³⁰.

³⁰ Una exposición completa de las implicaciones de esta parábola se encuentra en ELSTER, J., *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge U. P., Cambridge-París, 1979, 193 pp., especialmente, para el tema que nos ocupa, las pp. 88-103. Comentando la parábola, o la equivalente de Hayek, «una apelación del pueblo ebrio al pueblo sobrio» (HAYEK, F. A., *The Constitution of Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London, 1960, 570 pp., cap. 8, «The American Contribution: Constitutionalism», pp. 176 ss.), Stephen Holmes reconsidera el alcance de esta prohibición y, a la luz de John Stuart Mill, la relativiza un tanto. No estaríamos ante prohibiciones de reconsiderar ciertos temas, sino únicamente del establecimiento de garantías para que esas reconsideraciones no se hagan de forma que obstaculicen futuras reconsideraciones (HOLMES, S., «Precommitment and the Paradox of Democracy», en ELSTER, J. y SLAGSTAD, R., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge U. P., Cambridge, 1988, 359 pp., pp. 241 ss.). Se trataría de una aplicación del principio que prohíbe la realización de contratos de esclavitud (o contratos que anulan la capacidad para contratar nuevamente). Estaríamos, entonces, ante ataduras meramente procesales, ante ataduras que impiden alterar democráticamente los procedimientos que obligan a que la toma de decisiones políticas en una sociedad sea democrática. En mi opinión, se trata de algo más. En el trasfondo de las opciones clásicas de Hobbes (la voluntad del soberano no admite límites) y de Hume (una generación no tiene el derecho de vincular a las siguientes), está la actitud que dará origen al positivismo y, por tanto, la negación de restricciones naturales (independientes de la voluntad humana) sobre el derecho, la

* * *

La democracia liberal, entonces. Los partidarios de la democracia liberal son gente que desconfía de la democracia porque desconfía de sí misma. En realidad estamos acostumbrados a hablar de democracia liberal, pero «liberalismo» y «democracia» no han ido siempre juntos y, en la mayoría de las ocasiones, han ido por caminos distintos. Sólo al cabo de algún tiempo los liberales reconocieron como a regañadientes que no puede existir libertad sin democracia y, por tanto, sólo por este hecho de que no puede existir libertad sin democracia, los liberales se hicieron fervientes demócratas; fervientes y sinceros demócratas, pero de esta democracia limitada, de la democracia de la gente, no de la democracia del pueblo. Porque, para los liberales, es decir, para nosotros, para la gente de la Modernidad, lo importante no es la democracia, lo importante no es quién gobierne —que gobierne la gente, que gobierne el pueblo, que gobierne el Deseado o José I— lo importante es la libertad, porque de lo que se trata con la sociedad política no es de satisfacer una voluntad de poder, sino de establecer las condiciones para que la gente pueda formar y desarrollar lo más plena y desembarazadamente su propio proyecto vital; no se trata de que alguien mande, sino de que la gente viva. Así pues, lo importante es qué régimen político garantiza mayor libertad. Y la respuesta que se ha dado en los dos últimos siglos es que el régimen que más libertad garantiza, y que la garantiza mejor, es la democracia limitada, la democracia liberal.

La democracia liberal no es más que la articulación política del individualismo y el individualismo no es más que la forma moderna de ser, frente a la forma antigua de ser. El individualismo es la forma de que sea el humano moderno, frente a la forma de ser del humano

omnipotencia del legislador. Más tarde, cuando resurjan los derechos humanos, se intentará conciliar esta realidad emergente con aquel anti-naturalismo, situando en la moralidad (empíricamente constatable y determinable, pero también histórica, mudable) un contraste de justicia y legitimidad pre-jurídico. No fue suficiente con eso; Herbert Hart advirtió de lo ineludible de un contenido iusnaturalista en el derecho aunque, para él, ese contenido fuera realmente mínimo y derivado rigurosamente de exigencias lógicas, conceptuales, de la propia idea del derecho. Ese contenido iusnaturalista es más amplio de lo que señaló el profesor Hart (con notable osadía intelectual, en su contexto) y abarca, por pura exigencia lógico-conceptual, a la esencia del ser humano, al ámbito de lo que mencioné antes como «sagrado». Cabe, ciertamente, una versión más suave: Libertad, igualdad y fraternidad no serían características derivables del concepto de ser humano (esenciales, aunque la Humanidad no haya sido consciente de ellas hasta la Modernidad), sino sólo características del ser humano tal como éste es considerado por una determinada civilización, la nuestra, la estoico-cristiano-occidental, liberal o como se la quiera llamar. En todo caso, por las razones derivadas del sentido de la marcha de las pateras, esta civilización no puede ser considerada como una más entre otras, sino como la mejor de todas las conocidas hasta la fecha. Estas dos versiones de lo sagrado hay que entenderlas (no parece que estorbe la insistencia) en el contexto de una sociedad abierta, nunca como una propuesta de retorno a una sociedad cerrada (retorno que sería imposible y que, de intentarse, nos llevaría a la animalidad: *vid.* POPPER, K. R., *La Sociedad Abierta y sus Enemigos*, trad. N. Rodríguez Bustamante, Paidós, Buenos Aires, 1957, 683 pp., pp. 210-1).

antiguo, que era colectivista. Por consiguiente, el pueblo ya sólo puede ser entendido en la Modernidad con un punto de vista individualista; el pueblo es sinónimo de la gente, no de una entidad abstracta. A eso es a lo que se refería Kelsen cuando escribió:

«El pueblo no es, como supone la acepción corriente, una masa o un conglomerado de hombres, sino un sistema de actos individuales regidos por la ordenación jurídica del Estado. El hombre nunca pertenece en su totalidad, o sea con todas sus funciones y actividades espirituales y físicas, a la colectividad social, ni siquiera al Estado. (...).

(...).

Si la unidad del pueblo es sólo la unidad de los actos humanos regidos por la ordenación jurídica del Estado, queda el pueblo reducido (...) a un *objeto* de poder en cuanto unidad. Como *sujeto* del mismo, sólo pueden ser reputados los hombres, puesto que ellos han colaborado para instituir la ordenación política»³¹.

El pueblo es un concepto jurídico y un concepto jurídico no puede ser el ejerciente efectivo de un poder político; eso sólo puede serlo una entidad real y la única entidad real son los hombres, la gente. Otra cosa es la titularidad jurídica de ese poder. La gente, por su parte, resume su acción, en el poder político, en los que Kelsen denominó derechos públicos subjetivos. La existencia de estos derechos públicos subjetivos resume, así, la democracia. Pero la democracia no se reduce al ejercicio de los derechos públicos subjetivos; ni siquiera al principal de todos ellos, el derecho de sufragio activo y pasivo. Este derecho es nada más que el pretexto para que se desarrolle la democracia como gobierno de la gente; porque, en una democracia, lo importante no es que la gente vote cada tres o cuatro años. Si la gente no vota cada tres o cuatro años (con un sufragio libre, directo, secreto, etc.), entonces no funciona la democracia. La votación es imprescindible para el funcionamiento de la democracia, pero la democracia no consiste en la votación. Esto fue un gran error en que incurrió Rousseau al decir que «(e)l pueblo inglés cree ser libre: se equivoca mucho; no lo es sino durante la elección de los miembros del Parlamento; pero tan pronto como son elegidos es esclavo, no es nada»³². —dijo Rousseau y repitieron, de lo que hemos visto algún ejemplo, todos los sedicentes «portavoces» del pueblo desde entonces—.

Pero es que la democracia no consiste en el voto; el voto es un requisito para que funcione la democracia. La democracia es el gobierno de la gente, el gobierno por parte de la gente, pero no a través del voto, sino a través del mecanismo de la opinión pública. En todos los regímenes políticos de todas las épocas, quien gobierna es la opinión

³¹ KELSEN, H., *Esencia y Valor de la Democracia*, trad. de R. Luengo y L. Legaz, Labor, Barcelona, 1934, 159 pp., pp. 31-2.

³² ROUSSEAU, J. J., *El Contrato Social*, trad. F. de los Ríos, Espasa Calpe, Madrid, 1975, 168 pp., III, XV.

pública³³. En una democracia, quien gobierna no son tanto los votos cuanto la opinión pública libre, autónoma respecto del poder político (de ahí la importancia, por ejemplo, de unos medios de comunicación de masas –radio, prensa, televisión, Internet– exentos de control político directo). Se abre, con esto, todo un nuevo continente de problemas, de dudas, de indefiniciones, respecto de cómo se articula esa opinión pública³⁴. Pero ya el llamado por Bentham, Tribunal de la Opinión Pública³⁵, es la pieza clave, sin la que no cabe hablar de democracia.

³³ «El mando es el ejercicio normal de la autoridad. El cual se funda siempre en la opinión pública. (...) Lo que pasa es que a veces la opinión pública no existe.» (ORTEGA Y GASSET, J., *op. cit.*, p. 173).

«Sin embargo, por encima tanto del uno como del otro (del rey de Francia y del presidente de los Estados Unidos), existe un poder dirigente: el de la opinión pública. Este poder está menos definido en Francia que en los Estados Unidos; menos reconocido, menos formulado en las leyes; pero de hecho, existe. En América procede por medio de elecciones y fallos judiciales; en Francia, por revoluciones.» (TOCQUEVILLE, A. DE; *La democracia en América*, 2 vols., trad. D. Sánchez de Aleu, Alianza, Madrid, 1989, 446 + 290 pp., Primera Parte, Cap. 8, p. 115).

³⁴ Sólo un ejemplo de uno de estos problemas: «(...) a la democracia representativa le basta, para funcionar, que exista una opinión pública que sea verdaderamente *del* público. Pero cada vez es menos cierto, dado que la videocracia está fabricando una opinión sólidamente hetero-dirigida que aparentemente refuerza, pero que en sustancia vacía, la democracia como gobierno de opinión. Porque la televisión se exhibe como portavoz de una opinión pública que en realidad es el *eco de regreso* de la propia voz.» (SARTORI, G., *Homo videns. La sociedad teledirigida*, trad. A. Díaz Soler, Taurus, Madrid, 1998, 151 pp., p. 76).

³⁵ *Vid.* BENTHAM, J., *Economy as applied to Office*, en *First Principles Preparatory to Constitutional Code*, ed. Ph. Schofield, Oxford U. P., Oxford, 1989, 386 pp., Ch. 9, pp. 56 ss.

El policentralismo: del Estado policentralista a los pactos locales y las iniciativas ciudadanas

Por JOSÉ JOAQUÍN FERNÁNDEZ ALLES
Universidad de Cádiz

y

RAFAEL RODRÍGUEZ PRIETO
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

RESUMEN

Ninguna tarea es más formidable que llevar a cabo un proceso de descentralización, que en el caso de España implicó uno de los desafíos históricos más difíciles de la historia española contemporánea. Transcurrido el tiempo y como resultado del incremento de las tendencias federalistas del Estado autonómico, las causas del éxito inicial se convierten en factores que contribuyen a hacer más patentes sus limitaciones y aspectos disfuncionales. En este artículo nos ocupamos de lo que denominamos «centralismo autonómico» o policentralismo. Consideramos que es una de las características más peligrosas de nuestro actual modelo de Estado.

Palabras clave: *centralismo, democracia, competencias, participación y poder local.*

ABSTRACT

No task is more formidable than managing the process of decentralization, which in the case of Spain involved one of the more difficult historical challenges of the Spanish contemporary history. Over time and as a result of the increasingly federal tendencies of the autonomic state, the very causes of the initial success turn into factors that contribute to its most patent limitations and dysfunctional aspects. We deal with the so called «autonomic cen-

tralism» or policentrism in this paper. It is one of the most dangerous features of our current model of state.

Key words: *centralism, democracy, empowerment, participation, local powers.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA LOCAL.—III. PODER LOCAL Y CENTRALISMO AUTÓNOMICO.—IV. LOS PACTOS LOCALES Y LAS INICIATIVAS CIUDADANAS. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En el debate español sobre la reordenación de las competencias administrativas entre los distintos entes territoriales, junto a la garantía institucional, los entes locales cuentan a su favor con la presunción de ser las instituciones más próximas a los ciudadanos. El fundamento jurídico que a su esfera de competencias le proporciona el principio de subsidiariedad y el argumento de haberseles encomendado la satisfacción de los servicios más elementales de la colectividad hacen de los entes locales elementos básicos en el diseño del Estado del siglo XXI. Los legisladores estatal y autonómicos se enfrentan a la necesidad de regular las competencias locales, especialmente las municipales, con una norma que se adapte al heterogéneo mapa español.

En los últimos años, el poder local en España se encuentra en un proceso de debate y reivindicación. A menudo los portavoces y regidores de los municipios ponen de manifiesto su queja por el olvido al que se ven sometidos por la administración estatal y la conflictiva relación con las administraciones autonómicas. No en vano, los entes locales suelen esgrimir a su favor la gran cantidad de servicios que prestan más allá de sus obligaciones competenciales. Ello les supone un quebranto en sus arcas y la crítica directa de los administrados cuando el servicio es ineficiente o se deja de prestar en condiciones adecuadas.

Sin embargo, el debate que ocupa la agenda pública en los medios de comunicación es el de las autonomías y su financiación, mientras los entes locales languidecen esperando su turno o van sobreviviendo gracias a operaciones que, en demasiadas ocasiones, se mueven en las zonas más grises de la ley.

Con este trabajo pretendemos contribuir al debate que está teniendo lugar en España sobre el modelo de Estado. Comenzaremos con un análisis de la configuración constitucional de la autonomía local. Posteriormente abordaremos el espinoso conflicto entre poder local y

poder autonómico. En este punto desarrollaremos la idea de Estado policentralista.

Con policentralismo nos referimos a la actitud centralista con la que los ejecutivos autonómicos se están identificando actualmente, lo que dificulta el proceso de descentralización constitucional. Apostaremos por una descentralización que cumpla con el espíritu del constituyente y haga de los entes locales centros efectivos de poder ciudadano, una vez que estén dotados de los recursos necesarios para ello, sin olvidar la imprescindible articulación de controles eficaces con el fin de que la política local quede ligada a la transparencia, a la legalidad y a la participación-decisión de la ciudadanía¹.

Para lograr este objetivo existen dos instrumentos que no se deben desaprovechar: el pacto local y las iniciativas de la ciudadanía. Este último punto reivindica la necesidad de complementar lo dispuesto en el pacto local con la obligación para los entes locales de distribuir el poder entre la ciudadanía y asumir los controles que los ciudadanos impongan. Iniciativas ciudadanas como el presupuesto participativo (siguiendo la experiencia de Porto Alegre) nos parecen adecuadas y un paso en la buena dirección para profundizar en la democracia. Finalizaremos con unas breves conclusiones.

II. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA LOCAL

Los fundamentos del poder local, las competencias de los municipios y las provincias, las nuevas formas de asociación supramunicipal y las necesidades de financiación local, suscitan más que nunca cuestiones jurídicas que, por su repercusión social y económica, requieren pronta respuesta. Transcurridos casi dos siglos desde la primera constitucionalización de los entes locales, y alcanzada la consolidación política y sociológica de su autonomía durante la última mitad del siglo xx, existe un consenso entre políticos y juristas sobre la necesidad de fortalecer el poder local y sobre la urgencia de acometer una reforma de sus haciendas insuficientes. Un generalizado acuerdo sobre la reforma que, sin embargo, se torna en disenso cuando se discute el método para llevarlo a acabo, pues todavía no parece claro si el interés local quiere satisfacerse por la vía de la delegación y la encomienda de gestión, que sólo cede el ejercicio de las competencias, o por la vía de la atribución legislativa, que transfiere la titularidad. Aunque en el orde-

¹ No es baladí recordar los casos de corrupción municipal que periódicamente aparecen en los medios de comunicación. Hay que fortalecer los controles, a la vez que se dota a los entes locales de los recursos económicos necesarios. ¿Cómo podemos pretender que la ciudadanía valore sus instituciones democráticas y a los políticos que las componen si la administración más cercana al ciudadano se convierte, en ocasiones, en un nido de corruptelas?

namiento estatal y en la mayoría de las legislaciones autonómicas existe una regla general, derivada de la Constitución, que exige la reserva de ley para poder transferir la titularidad, lo cierto es que esta reserva sólo se contempla de manera expresa y completa en la Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León, cuyo artículo 86.2 dispone que «la transferencia de la titularidad de funciones a las entidades locales deberá realizarse por Ley».

Bajo el fundamento positivo del artículo 137 CE «para la gestión de sus respectivos intereses» (STC de 16 de noviembre de 1981), y el amparo doctrinal y jurisprudencial de la garantía institucional, la autonomía local –de naturaleza básicamente administrativa– es concebida por el Tribunal Constitucional como un atributo conferido a favor de una Entidad, ya sea el Municipio o la Provincia, y como la expresión institucional de una colectividad local (STC de 28 de julio de 1981). Si bien no está configurada por la Constitución como un derecho fundamental (STC de 27 de febrero de 1987), sí goza del reconocimiento de un ámbito constitucionalmente protegido derivado de su concepción de «*derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen*», a partir del cual se concreta legislativamente, en las más diversas materias, conforme a múltiples criterios y dependiendo del ámbito territorial de cada tipo de ente (doctrina jurisprudencial que se asume esencialmente desde la STC de 16 de noviembre de 1981 a la STC 235/2000, de 5 de octubre, pasando por las relevantes SSTC 213/1988, de 11 de noviembre, 259/1988, de 22 de diciembre, 170/1989, de 19 de octubre, 214/1989, de 21 de diciembre, 46/1992, de 2 de abril, y 109/1998, de 21 de mayo)². En el plano legislativo,

² Sobre la garantía institucional, en sus características objetivas y subjetivas, PAREJO ALFONSO, L., «La autonomía local», *REALA*, 229, 1986, pp. 9-64, en especial, pp. 51-55. La carencia del carácter de derecho fundamental de la autonomía municipal tiene diversas manifestaciones y, en particular, la consecuencia que deduce el profesor Tomas-Ramón Fernández de esta regulación es que el artículo 137 CE «no precisa un quantum de autonomía que ha de fijar el legislador ordinario y que al día siguiente, puede recortar mediante otra ley, que ni siquiera es orgánica». Ello se completa con la STC de 1 de febrero de 1993 en donde, recogiendo y asumiendo la doctrina constitucional instaurada por la Sentencia 32/1982, declara: «(...) *la garantía constitucional de la autonomía local es de carácter general y configuradora de un modelo de Estado, y ello conduce, como consecuencia obligada, a entender que corresponde al mismo la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado*». Cfr. VANDELLI, L., *El Poder Local: Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, MAP, Madrid, 1992, pp. 23 ss; LEGUINA VILLA, J., «Gobierno Municipal y Estado autonómico», *RAP*, 100-102, vol. III, 1983, pp. 2187-2202; EMBID IRUJO, A., «Autonomía Municipal y Constitución», *REDA*, 30, p. 442; FERNÁNDEZ, T. R., «El sistema de distribución de competencias», *REVL*, 201, p. 34; SOSA WAGNER, F., *Manual de Derecho Local*, cit., pp. 55-56; ORTEGA, L., «La Carta Europea de la Autonomía Local y el ordenamiento local español», *REALA*, 259, 1992, pp. 11 ss; MAP, *El Pacto Local. Medidas para el desarrollo del Gobierno Local*, Madrid, pp. 21-26; y RODRÍGUEZ ARANA, J., «El fortalecimiento del poder local», *AA*, 3, 2000, pp. 27 ss.; y CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., «El debate sobre la autonomía municipal»,

una de las manifestaciones más relevantes de la autonomía local la encontramos en el artículo 25.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, que, no obstante, constituye una cláusula residual de competencia para los municipios, no una concreta atribución de capacidad jurídica. Según el párrafo aludido, «el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal».

Ahora bien, la asunción de la garantía institucional como fundamento de la autonomía local, en definitiva del poder local, no ha impedido que la jurisprudencia constitucional haya complementado esta doctrina con diversas categorías que han permitido aplicar las exigencias y principios constitucionales a los distintos ámbitos de la actividad de los entes locales, actualizando de esta manera la primera doctrina jurisprudencial. Con mayor alcance, en la doctrina existen debates abiertos sobre la naturaleza de los entes locales, cuyas conclusiones van desde la concepción funcional de los asuntos locales, ligada a un entendimiento de éstos como participación del municipio en la gestión de asuntos estatales, hasta la tesis doctrinal mayoritaria en Alemania, donde se defiende el contenido competencial de la cláusula constitucional sobre la autonomía local –STCF alemán de 23 de noviembre de 1988 (*Rastede*)–.

III. PODER LOCAL Y CENTRALISMO AUTONÓMICO

¿Qué quedará de España después de las reformas estatutarias en marcha? Algunos dicen medio en broma, medio en serio, que el discurso del Rey en Navidad y la liga de fútbol profesional y quizá las selecciones deportivas (atacadas con audacia por los nacionalistas más intransigentes, por cierto). Otros, adoptando una pose más académica, arguyen que un puñado de ministerios, la mayoría desprovistos crecientemente de competencias, como es el caso de sanidad.

Da la impresión de que España continuará siendo la vaquilla que Berlanga retratara en su magistral película, sólo que troceada y dispuesta para el festín de la insolidaridad regional y del sálvese quien pueda de la globalización.

Es lamentable contemplar cómo el arduo proceso de descentralización, vivido en España en las últimas décadas, se transmuta en una suerte de policentralismo. La consecuencia de este proceso es el fortalecimiento de gobiernos autonómicos con actitudes centralistas muy acusadas.

RAP, 54, 1998, pp. 9 ss; GARCÍA ROCA, J., «El concepto actual de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad», *REALA*, 282, 2000, pp. 23-27 y 38-42; Informe del Consejo Consultivo de Galicia, CCG 782/05, 2006, pp. 51 ss.

El proceso de descentralización contenido en nuestra Constitución de 1978 tuvo como fin primario posibilitar el acercamiento de la administración pública al ciudadano, con el objetivo de que éste se sintiera más implicado en la gestión de los asuntos públicos y, al mismo tiempo, pudiera participar e influir en la administración de los mismos. La proximidad de la administración pública a los problemas de la ciudadanía, por tanto, fue la razón palmaria de que se iniciara un proceso que requería tanto esfuerzo de negociación política y, sin duda, de gasto.

Junto a ello, mediante este proceso se quiso dar respuesta a las diferentes raíces culturales comunitarias³ que conviven en España, alguna de las cuales contaron en la II República con instituciones propias de gobierno que fueron suprimidas por la dictadura militar.

En los últimos diez años, especialmente en el primer gobierno del Partido Popular, se ha completado gran parte del proceso de transferencias recogido en nuestra Carta Magna, convirtiéndose España en uno de los Estados más descentralizados del mundo. Las autonomías españolas gozan de un nivel competencial comparable y, a veces, hasta superior a algunos Estados federales.

Sin embargo, actualmente vivimos envueltos en dos dilemas que afectan a la sociedad española. Por un lado, una constante ola de reivindicaciones, que esta vez apuntan a quebrar el consenso autonómico que hizo posible el proceso anteriormente aludido. Hay autonomías que desean «distinguirse» de otras –hecho calificado como asimetría– y que además consideran insuficiente el nivel competencial al que han llegado. Se reivindica un Estado federal desde diversas opciones políticas, tanto de izquierda como de derecha; y, sin embargo, no parece tomarse en consideración la tradición cohesionadora de un territorio que tiene este modelo de organización del Estado en torno a un proyecto común estatal (Alemania o EEUU). En España, al contrario, se entiende el federalismo como una oportunidad para abatir cualquier tipo de símbolo común, como una vía para la disgregación y el separatismo o como el camino –vía ruptura de la caja única de la seguridad social o de la fiscalidad general– hacia la asimetría e insolidaridad interterritorial, o, parafraseando al presidente de la Comunidad Autónoma de Cataluña, para que las «regiones pobres» no crezcan más que las «ricas».

Este último punto –el económico– provoca no pocas tensiones entre el Estado central y las autonomías y entre las propias autonomías. Recordemos las muy gráficas palabras del expresidente de Castilla-La Mancha José Bono –hoy ministro– en relación a la financiación autonómica: «quien quiere comer aparte es porque quiere comer más». No resulta accesorio traer a colación el artículo 214 del pro-

³ Tomamos esta idea de CAPELLA, J. R., *Las raíces culturales comunitarias*, en Escuela del Consejo General del Poder Judicial, *Los nacionalismos: Globalización y crisis del Estado-nación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 253-270.

yecto de reforma del Estatuto de Cataluña, recientemente aprobado en el marco de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. El citado artículo supone una grave quiebra para la solidaridad interregional y la igualdad ya que se establece una relación de bilateralidad entre el Estado y la *Generalitat* (¿no es acaso la *Generalitat* Estado?). Con este artículo se rompe el equilibrio logrado gracias al Consejo de Política Fiscal y Financiera entre las diferentes comunidades autónomas⁴.

El asunto de la financiación autonómica adquiere una relevancia muy especial en un contexto mundial, marcado por la creciente restricción del gasto público y la privatización de los servicios con la finalidad de cumplir con la ola desregulatoria y favorecedora de las grandes transnacionales que propicia la OMC⁵. Este contexto es un magnífico caldo de cultivo para la insolidaridad regional.

Asistimos, por tanto, a un proceso al que denominamos de policentralismos. Este concepto trata de explicar la involución que está teniendo lugar en España, donde las Comunidades Autónomas están asumiendo el papel centralista que tradicionalmente ha ostentado el Estado. Las Comunidades Autónomas están comportándose con sus municipios como verdaderos entes administrativos centralistas. Ello supone una interrupción del proceso de descentralización propiciado por nuestra Constitución y una vulneración del espíritu descentralizador de la misma.

El fenómeno del policentralismo es de enorme calado. Los gobiernos autonómicos debían ser el motor de la descentralización en España. Sin embargo, están asumiendo un papel neocentralista que resulta tremendamente paradójico. Las autonomías se están convirtiendo en administraciones centralistas respecto a los entes locales. Éstos se encuentran en una situación de inferioridad manifiesta y carecen de medios (por ej. conflicto de competencias) adecuados para plantear sus reivindicaciones a las administraciones autonómicas.

Esta situación nos lleva a un Estado policentralista que imposibilita la descentralización y acumula competencias y recursos en nuevos entes megaburocráticos que recuerdan los ejemplos de centralismo más clásicos. Las reformas estatutarias amenazan con ampliar esta hiperburocratización multiplicando el número de agencias tributarias, o peor aún por la amenaza que supone para la unidad de la justicia, de Consejos del Poder Judicial (órgano que, por cierto, se ha mostrado politizado, ineficiente y necesitado de reformas).

⁴ Artículo 214 del proyecto de Estatuto de autonomía de Cataluña: «La Comisión Mixta de Asuntos Económicos y Fiscales Estado-Generalitat está integrada por un número igual de representantes del estado y de la Generalitat (...). Le corresponde acordar la contribución a la solidaridad y a los mecanismos de nivelación.»

⁵ Esta estrategia macro económica se inserta en el llamado «consenso de Washington», que establece una serie de criterios neoliberales a ser cumplidos por los Estados. Los más importantes son los siguientes: privatizaciones del sector público, desregulaciones y progresiva bajada de la contribución del Estado a los servicios públicos y la inversión pública para mantener el déficit cero.

En los últimos veinte años, el profundo cambio operado en la organización territorial por el bloque de la constitucionalidad y por su complejo sistema competencial no ha afectado por igual a todas las Administraciones Públicas, siendo especialmente las Comunidades Autónomas –únicas beneficiadas de este proceso– quienes en términos generales han demostrado, como contraprestación, una indisimulada resistencia a la descentralización y a la simplificación administrativa. Si en la década de los ochenta del siglo xx, la resistencia la opuso la Administración General del Estado, desde ya quince años, esta reacción al cambio proviene de las Administraciones Públicas autonómicas, creadas con mimetismo de la instancia central, de quien han imitado su antaño afán por el centralismo –en este caso centralismo autonómico–, la burocracia, el sobredimensionamiento e incluso la cultura clientelar. En poco tiempo, las Comunidades Autónomas han acumulado un poder político y financiero que no están dispuestas a renunciar en un proceso descentralizador en municipios y provincias.

Hemos de recordar que Carlos Luis de Secondat, Barón de Montesquieu, nos legó un concepto de Estado entendido como una estructura equilibrada de poderes que se han de moderar y controlar entre sí: el equilibrio y la moderación son las cualidades propias de toda estructura o configuración estatal, y el desequilibrio y el exceso son la realidad de todo gobierno desordenado, caótico, inarmónico. En la regulación de la división horizontal y territorial de los poderes, esta noción de Estado se ha considerado un principio básico de organización política y una garantía del buen funcionamiento del sistema político, tanto en Europa como también en Estados Unidos, donde los padres de la Constitución de 1787 explicaron en *The Federalist Papers* que el Estado debe ser un conjunto armónico de poderes que se han de frenar y contrapesar (*checks and balances*) para salvaguardar la libertad y la igualdad de los ciudadanos y territorios.

A lo largo de doscientos años, los Estados más serios de Occidente han aplicado este concepto de Estado a los problemas que, con carácter crónico o eventual, han podido desequilibrar los poderes establecidos en las Constituciones, y así, como respuesta a los desajustes estructurales de los poderes horizontales o territoriales, se promulgaron leyes dirigidas a lograr la estabilidad política, como las que implantaron el bipartidismo o el presidencialismo, y otras de menor entidad como las correcciones a la proporcionalidad, las barreras mínimas o las segundas vueltas electorales. En otros casos, cuando los problemas de estabilidad sólo se planteaban en momentos puntuales, las costumbres constitucionales y la lealtad federal simplemente aconsejaron pactos de gobierno entre los grandes partidos mayoritarios que permitieron proteger el interés general y el bien de todos frente al interés particular de unos pocos (el caso reciente de Alemania). Y de esta manera, aprendiendo de la práctica, cuando un sistema político ha presentado defectos que obstaculizan la gobernabilidad y el equilibrio

de poderes, siempre se han aprobado reformas o se han celebrado pactos para restablecer el buen funcionamiento del Estado.

Pues bien, todo esto debe ser debatido ahora en España porque hace años se diagnosticó que existe un defecto estructural de nuestra legislación electoral que, en determinadas circunstancias, anula la denominada *capacidad efectiva de acción colectiva*; un desequilibrio que, según la Ciencia Política, tarde o temprano, crea una situación como la que presenciamos en el actual proceso de reformas estatutarias: las mayorías se subordinan a las minorías y el interés particular se impone sobre el interés general, con quiebra del principio de igualdad y de la propia democracia. Según esta tesis, España no es, como dicen muchos, una Nación con problemas que «hay que conllevar» – otro dudoso tópico de Ortega, como el de la teoría de Andalucía–, sino un próspero Estado cuyo sistema de poderes, sin embargo, expone a los presidentes de gobierno «sin mayorías absolutas» a un proceso continuo de claudicación y sacrificio del interés general, muy evidente en esta VIII Legislatura, pero también en el pasado, concretamente en la VI Legislatura (1996-2000), cuando el Estado tuvo que ceder, por exigencia nacionalista, en materias tan relevantes como la supresión de los gobernadores civiles, el 33 por 100 del IRPF, la generosa reforma del Cupo Vasco o la retirada de la Guardia Civil de las carreteras de Cataluña. De los tres los criterios que, según la Teoría de la Gobernabilidad, garantizan un mínimo de estabilidad política a un Estado –la representatividad, la capacidad efectiva de acción colectiva y la legitimidad–, nuestro régimen electoral impide el cumplimiento del segundo de ellos: la capacidad decisoria del Gobierno de la Nación, cuyo escaso nivel de gestión en España (19 por 100 del gasto público) seguirá sometido a un constante vaciamiento de competencias mientras no se establezca un marco normativo que respete la Teoría de la Gobernabilidad.

Algunos autores, como el ponente constitucional Cisneros, han planteado remedios al problema técnico descrito, por ejemplo, incrementar en cincuenta diputados los escaños del Congreso para crear una lista reservada a los partidos nacionales. Hay más alternativas. Pero obviamente, falta saber si, ante tan necesaria reforma, los políticos que dirigen los partidos mayoritarios querrán devolvernos el consenso perdido que, conviene recordarlo, no es patrimonio de ellos sino de todos los ciudadanos, sujeto soberano relegado durante los últimos seis años a ser testigos de «la España sin consenso» en las cuestiones fundamentales: la política migratoria, la política exterior, la política educativa, la política hidrológica y la energética... Políticas cuya gestión mide la seriedad, la confianza y la solvencia de los Estados, y que sólo son eficaces si se mantienen y perseveran en el tiempo. Quizás a los ciudadanos españoles se les deba una explicación convincente de quienes, salvando honrosas excepciones, han dirigido los dos partidos mayoritarios con clamoroso olvido de las «convenciones constitucionales» y de la metodología del consenso que desde 1978 exige, como

garantía de éxito, un pacto nacional antes de abordar las políticas de Estado y, especialmente, las reformas constitucionales y estatutarias.

La falta de consenso explica que en en Comunidades Autónomas como Andalucía, algunos sectores hayan defendido que, en el proceso de reforma estatutaria, convenía esperar a lo que se perpetrara en Cataluña, para a continuación pedir «lo mismo» y, de paso, incorporar contenidos de dudosa constitucionalidad que, como las «declaraciones de derechos» o la «cláusula valenciana», pueden generar conflictividad competencial y crear expectativas contrarias al principio de seguridad jurídica.

Por último, sorprende la actitud de quienes consideran que el nacionalismo centrífugo se combate con el nacionalismo centrípeto —especies del mismo género— y, actuando de esa manera, se sitúan en un debate trasnochado especialmente beneficioso para los separatistas, que ignora tanto las ventajas del proceso descentralizador generado por el Estado de las Autonomías y los éxitos cosechados desde 1978, como el protagonismo jurídico que, en la Constitución y en la titularidad de la soberanía, sólo tienen los ciudadanos.

Estamos convencidos que el debate sobre la nación o las naciones es una discusión estéril y trasnochada. Hay que mirar hacia delante y ser conscientes de que el centro de la acción política es el ciudadano. Un ciudadano soberano no atado a las cadenas de la religión, la dinastía o de la nación (que no es más que la correspondencia moderna de las dos primeras). La gente decidiendo, y sin constreñimientos metafísicos, en el respeto a la democracia y los derechos humanos⁶.

IV. LOS PACTOS LOCALES Y LAS INICIATIVAS CIUDADANAS

El Pacto Local, una idea-fuerza que desde 1992 viene ocupando un espacio relevante en el debate español sobre el poder local y el Estado de las Autonomías, deriva de una realidad constatada en las Elecciones Locales de 25 de mayo de 2003: las fuerzas políticas españolas llevan ya más de diez años fundamentando buena parte de su ideario sobre temas municipales en un proceso descentralizador —la segunda descentralización— que nunca termina por tomar forma. Pese a las variadas y atractivas propuestas surgidas en el ámbito nacional y en el autonómico, y el unánime consenso concitado por parte de casi todos los partidos políticos, lo cierto es que aún no se ha aprobado lo que ha sido compromiso electoral: el Pacto Local. En plena VIII Legislatura, su falta de concreción ni sorprende ni preocupa a la mayoría de los iuspublicistas y muchos gobiernos autonómicos y grupos de la oposición la adoptan como un simple reclamo político, casi de *marketing* público, conscientes de sus pocas posibilidades de prosperar.

⁶ Vid. RODRÍGUEZ PRIETO, R., *Ciudadanos soberanos. Participación y democracia directa*, Almuzara, Córdoba, 2005.

El resultado práctico del debate sobre los Pactos Locales lo ha dejado muy claro, y es precisamente por ello, que su función haya quedado limitada a ser instrumento de propaganda política, pese a su recurrente invocación en exposiciones de motivos de leyes autonómicas de régimen local, programas de gobierno, proposiciones de ley y otros documentos parlamentarios⁷.

Queda preterido sin duda el espíritu constitucional. La descentralización autonómica en los entes locales, núcleo principal del Pacto Local, no es ajena a la norma suprema, antes bien, se fundamenta en los preceptos constitucionales (el art. 103.1 y el art. 31.2 CE) reguladores de los principios de eficacia y eficiencia como criterios que vinculan a los poderes públicos. Dispone el artículo 31.2 CE sobre el gasto público que se realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía. Precisamente, el principio de eficiencia, consistente en un principio de carácter económico cuya determinación resulta de la cuantía de las unidades económicas consumidas en la función administrativa, ha sido mejor cumplido por el Estado que por las Comunidades Autónomas. En Andalucía, basta leer los Informes del Tribunal de Cuentas y de la Cámara de Cuentas de Andalucía para comprobar la mejor propensión del Estado al cumplimiento de la eficacia⁸.

También lo constatamos a nivel estatal. Entre los años 1997 y 1999, los órganos legislativos y gubernamentales del Estado decidieron acometer la reforma del sistema financiero autonómico y del modelo de Administración periférica del Estado, así como las medidas legislativas reguladoras del frustrado Pacto Local, actualmente calificado con la expresión de «segunda descentralización».

Además, por exigencia del proceso de convergencia europea (pacto de estabilidad), la reforma del sistema financiero autonómico fue revisado por la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de medidas fiscales complementarias, a través de un modelo disperso, criticado incluso por algunos de quienes lo propugnaron, y nacido bajo la sombra de la provi-

⁷ Véanse como ejemplos la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, la Ley 9/1999, de 13 de mayo, de Ordenación de territorio de Canarias, la Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja, la Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León, la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia, la Ley balear 8/2000, de 27 de octubre, de Consejos Insulares. «BOE» 279, de 21 de noviembre; la Ley Foral de modificación de la Ley 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra. BO Parlamento de Navarra 62, de 5 de junio de 2002.

⁸ Cfr. J. RODRÍGUEZ-ARANA, «Presente y futuro del Estado de las Autonomías: Hacia la Administración Única», AA, 1, 1996-1997, p. 9, p. 2; *Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000*. Introducción y Estructuras Presupuestarias, capítulo VIII. Resúmenes del Presupuesto, MEH, Madrid, 1999, pp. 67 ss. *Informe Económico-Financiero de las Administraciones Territoriales en 1997*, MAP, Madrid, 1998, pp. 101 ss. y 215 ss. y *La descentralización del gasto público en España. Período 1986-1997*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1999, pp. 25-28.

sionalidad, que fue ampliado una vez concluido el quinquenio de su vigencia (1997-2001), por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, reguladora de las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía; legislación a su vez modificada por las Leyes 46/2002, 51/2002 y 53/2002. De esta manera, el sistema de corresponsabilidad fiscal, iniciado en 1997 y ampliado a Andalucía por la Ley 19/2002, de 1 de julio, de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, ha consolidado la conversión de las Comunidades Autónomas en corresponsables de la política de ingresos y también de gastos, a quienes se les concede capacidad normativa⁹.

Resta por cumplir, con todo, el mandato del artículo 142 CE, que reconoce el derecho de los entes locales a participar en los tributos de las Comunidades Autónomas¹⁰, y de la Ley 39/1988 y la Carta Europea de Autonomía Local, según las cuales los recursos financieros de las Entidades Locales deberán ser proporcionales a las competencias previstas por la Constitución; en la actualidad, representa menos del 50 por 100, frente al 70 por 100 de la media europea. Es cierto que el Plan de Cooperación Municipal, creado en 1990, se configura como instrumento específico, dentro del Presupuesto de la Comunidad Autónoma Andaluza, para la colaboración económica con las Corporaciones Locales; también es verdad que la Consejería de Goberna-

⁹ El Estado cedió determinados tributos a la Junta por Ley 19/2002, de 1 de julio, del Régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión. Véanse también LO 3/1996, de 27 de diciembre. BOE 313, de 28-12; PÉREZ ROYO, J., *El nuevo modelo de financiación autonómica: análisis exclusivamente constitucional*, Madrid, McGrawHill, 1997, pp. 21-27, y GARCÍA RUIZ, J. L. y GIRÓN, E., «Las incidencias del modelo de Estado en el sistema de financiación», *cit.*, pp. 155-158. El sistema de corresponsabilidad fiscal, concebido como método participativo de las Comunidades Autónomas en la política fiscal y tributaria del Estado, pese a su corta vigencia de cinco años, encontró una fuerte respuesta por insatisfacción de Cataluña, cuyas pretensiones han sido asumidas por Madrid y Valencia, y el rechazo, más por razones políticas que técnicas, de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Extremadura y Castilla-La Mancha, que presentaron recursos de inconstitucionalidad contra la reforma del modelo de financiación autonómica. Sobre las relaciones entre el sistema autonómico y la última reforma, véase RUIZ-HUERTA, J., y LÓPEZ LABORDA, J., «Catorce preguntas sobre el nuevo sistema de financiación autonómica», Informe de las Comunidades Autónomas, 1996, Barcelona, Instituto de Derecho público, 1997, vol. I, pp. 581 ss.

¹⁰ La misma jurisprudencia constitucional no ha sido ajena a este fenómeno cuando se ha pronunciado sobre las haciendas locales a la luz de la igualdad, la autonomía y la suficiencia financiera de los entes locales. Al respecto véanse las STC 19/1987, de 17 de febrero («BOE» de 4 de marzo de 1987), STC 83/1988, de 13 de octubre («BOE» de 25 de mayo de 1988), STC 250/1988, de 20 de diciembre («BOE» de 13 de enero de 1989), STC 331/1993, de 12 de noviembre («BOE» de 10 de diciembre de 1993), STC 171/1996, de 30 de octubre («BOE» de 3 de diciembre de 1996). Dice Rodríguez-Arana que para que sea posible esta operación es necesario que se produzca un reforzamiento financiero y material de dichos Entes en aras de poder realizar dignamente su función. Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «Reforma administrativa y Estado autonómico», AA, 23, 1996, p. 471.

ción ha afrontado con diversas medidas las necesidades reales de financiación de las Corporaciones Locales, e incluso desde 1999, a través de las leyes de presupuesto de la CA de Andalucía¹¹. Pero, sin duda, se trata de un sistema insuficiente, y la Junta de Andalucía, antes de operar la descentralización de facultades en cumplimiento del Pacto Local, debe complementar el sistema de financiación local regulado por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales.

Junto al Pacto Local no podemos obviar la necesidad de impulsar la iniciativa ciudadana. Como se decía al comienzo de este trabajo, el valor del poder local viene dado por su cercanía al ciudadano. La descentralización tiene sentido no por el mero hecho de hacerla, sino porque responda a unos criterios que promuevan la deliberación y la eficacia. Los criterios a los que nos referimos han de ser la participación activa de la ciudadanía, transparencia en el tratamiento de los asuntos públicos, la eficacia en la gestión de los recursos. En definitiva, la profundización en la democracia sobre los pilares del autogobierno y la responsabilidad cívica.

Una de las iniciativas que más éxitos está obteniendo a todos los niveles y que es capaz de aunar las características anteriormente aludidas es el presupuesto participativo. No es la única. Ni debiera serlo. Es tan sólo un ejemplo paradigmático que ofrecemos con el fin de demostrar la importancia del poder local y la necesidad de hacer efectivo el pacto local.

El presupuesto participativo –*Orçamento Participativo* (OP, en adelante)– constituye una práctica de gestión local que demuestra las potencialidades que posee una verdadera descentralización. En este sentido, cuando hablamos de OP no podemos olvidar lo que ha constituido la pieza clave para su puesta en marcha y éxito: la implicación de un tejido asociativo rico y poco influido por los aparatos de los partidos políticos.

Lo sucedido en Porto Alegre es un gran ejemplo; una vía en la que trabajar para mejorar las redes de participación ciudadana de las localidades de todo el planeta. Un gran número de colectivos se han sentido interpelados por lo que ha estado ocurriendo en Porto Alegre en estos últimos años y han querido trasladar elementos de esta propues-

¹¹ Desde el artículo 26.4 de la Ley 10/1998, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1999, al artículo 30.4 de la Ley 9/2002, de 21 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2003, cada año se ha autorizado al titular de la Consejería de Economía y Hacienda para realizar en el Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía las adaptaciones que sean necesarias para transferir a favor de las Entidades Locales las partidas y cuantías que correspondan, en los procesos de traspaso y delegación de competencias, siempre que las mismas queden expresamente determinadas en los correspondientes acuerdos, correspondiendo, en otro caso, al Consejo de Gobierno la aprobación de las transferencias y minoraciones de créditos correspondientes. Desde entonces todas las leyes de presupuestos de la CA han contemplado idéntica previsión.

ta a su realidad. Esta dinámica se inscribe en la necesidad de que los gobiernos locales respondan cada vez a más demandas ciudadanas. Las respuestas que articulan a menudo son más efectivas que las que se puedan ofrecer desde otra esfera de la administración, a consecuencia de que desde lo local se conocen más directamente cuáles son las motivaciones de dichas demandas, así como sus percepciones de la realidad y la sociedad que tienen los colectivos asentados en un determinado espacio local¹².

La experiencia de participación local puesta en práctica por el Partido de los Trabajadores (PT) en el municipio de Porto Alegre¹³, y posteriormente en otras localidades del país, denominada OP ha supuesto una gran contribución para la práctica de la participación de la ciudadanía más allá del simple proceso electoral. Dicha experiencia ha traspasado las fronteras de la República Brasileña y se ha constituido en todo un ejemplo de participación democrática de la ciudadanía en el espacio local¹⁴. Esto en sí ya supone toda una novedad y un hecho parangonable en la tradición política Latinoamericana, tan acostumbrada a la importación de ideas, programas y experiencias del exterior; y a ser lugar propicio para que expertos extranjeros procedentes de Norteamérica y Europa les dicten cursos sobre como deben gobernar sus tierras.

No sólo se trata de un procedimiento de participación en los asuntos públicos a nivel local, sino además es una expresión concreta de una comprensión diferente de la democracia centrada en la elección de políticas, no de élites. Esto indica un principio en la dinamización de la cultura política de una zona, cuya consecuencia es el establecimiento de procedimientos de actuación para la toma de decisiones compartidas. Estos procedimientos de decisión se ven beneficiados por la influencia, que sobre ellos tiene la visión del mundo de esas gentes que conforme participan, van abriendo nuevas posibilidades, que consolidan su cultura democrática.

La Constitución de Brasil de 1988 hizo posible que se pusieran en práctica mecanismos directos e indirectos de participación social

¹² RUBLE, A., *Local Power*, Matherson, London, 1980, p. 79. España es un ejemplo de ello. El problema principal que tenemos es la debilidad de nuestro tejido asociativo en comparación con Río Grande del Sur y la cooptación que se hace de él por parte de partidos políticos. En España se ha puesto en práctica el OP en ciudades como Albacete, Cabezas de San Juan o Sevilla (aunque en ésta última de manera más desnaturalizada que en las otras).

¹³ Porto Alegre es una ciudad de más de un millón de habitantes, capital del Estado de *Rio Grande do Sul*. Con la puesta en marcha del Presupuesto Participativo la ciudad ha dado un gran despegue en obras e infraestructuras siendo hoy una de las ciudades de Brasil con mejor calidad de vida. Prueba de ello es que actualmente el 99 por 100 de la población de Porto Alegre cuenta con suministro de agua corriente y el 84 por 100 con alcantarillado, además de haberse ejecutado, desde la práctica del mismo, más de 250 km. de calles pavimentadas.

¹⁴ Tanto en ciudades de América Latina (Buenos Aires), como en Europa (Cabezas de San Juan, Albacete, o Sevilla) se ha recogido la experiencia con el fin de ponerla en práctica.

cuando legalmente se previó la posibilidad del uso de mecanismos tales como el plebiscito, el referéndum o la iniciativa jurídica popular. En la constitución se propugnó una nueva descentralización política y administrativa, entendida como la mejor forma de asegurar que se iban a satisfacer las necesidades de la ciudadanía¹⁵. La legislación de Porto Alegre no sólo se hace eco de esta idea sino que además declara el compromiso del Poder Ejecutivo a consultar, obligatoriamente y de la forma más democrática posible, a la comunidad antes de elaborar la propuesta presupuestaria.

La importancia de estas aspiraciones democráticas, materializadas en la letra de la Constitución, supuso un espaldarazo a tradiciones participativas firmemente arraigadas en el Estado de Río Grande del Sur. Con un nuevo escenario donde las políticas dependientes de la administración central habían notablemente disminuido, la nueva administración municipal que tomó el poder en enero de 1989, tuvo que buscar soluciones que paliaran la limitación de servicios sociales¹⁶. Esta nueva administración estuvo formada por una coalición formada por varios partidos de izquierda, encabezada por el PT.

El nuevo poder local pretendió con el OP promover el autogobierno. El objetivo básico con el que nació el OP, fue romper la tradición delegativa de la cultura política brasileña y la cultura tecnocrática¹⁷.

Con el OP no se pretende negar la necesidad del conocimiento técnico, pero se le subordina a un proceso democrático de participación efectiva de las personas. Fue un gran desafío para una ciudadanía que nunca había vivido una experiencia participativa así. Por ello hubo un largo y difícil camino a recorrer. La democracia es un proceso extremadamente difícil. Es necesario empezar por crear los cauces, que permitan a la ciudadanía pensar la democracia como algo que no se circunscribe tan sólo a votar de 4 en 4 años¹⁸. Así, se impulsaron nuevos mecanismos que acabaron con la inercia autoritaria de la ciudadanía. El más importante de ellos, sin duda, es el OP, pero no es el único instrumento. Por ejemplo, varios municipios integran en su normativa la figura de los Consejos Municipales.

En el caso de Porto Alegre, se crearon consejos en diversas zonas de la ciudad. Su función fue la de facilitar la acción política de los ciudadanos. Las comunidades pasaron de ser sujetos pasivos de las políticas a generar juicio crítico sobre la situación en la que se encontraban y el lugar donde habitaban. Así, fueron teniendo los elementos de juicio necesarios para decidir cómo se debe atender la priorización

¹⁵ KECK, M., *The Workers' Party and Democratization in Brazil*, Yale University Press, New Haven, 1990, p. 56 y ss.

¹⁶ NAVARRO, Z., *Uma análise do Orçamento Participativo: Sua Implantação e Desenvolvimento*, en GENRO, T. (coord.), *Porto da Cidadania*, Artes e Ofícios, Porto Alegre, 1997, p. 184.

¹⁷ PONT, R., *Democratización del Estado: la experiencia del Presupuesto Participativo*, www.espaimarx.org

¹⁸ *Idem*.

de recursos. Hubo una gran proliferación de foros y consejos. Se crearon un gran número de consejos sectoriales dedicados a abordar aquellos asuntos que interesan a la ciudadanía (consejos educativos, de derechos del niño, del adolescente, de viviendas, de acceso a la tierra, de transportes)¹⁹. Junto a ello hay que decir que las relaciones entre funcionarios municipales y ciudadanía se reforzaban. La razón es que con el OP se producía una más marcada cooperación entre los grupos sociales y los trabajadores del municipio.

Con la proliferación de órganos colectivos, hay un gran número de personas que comparten el día a día de la gestión municipal con los empleados públicos. Eso se traduce en dos consecuencias: la primera es la comprensión sobre la actividad del trabajador municipal. En segundo lugar, el control que se ejerce sobre dicha labor es mayor y, por consiguiente, la gente está cada vez más convencida que se hace lo posible para mejorar el lugar donde viven²⁰.

La organización del OP fue perfeccionándose a lo largo del tiempo. El protagonismo en los cambios fue tradicionalmente asumido por los propios participantes en el OP con la ayuda y consulta de personal de la prefectura y expertos en participación política²¹.

La ciudad se dividió en regiones o zonas. Las razones de esta división fueron poder lograr la participación más amplia posible de la gente. Dicha división se realizó siguiendo criterios de índole geográfica, sociales y de organización de las comunidades. Sobre la base de esta organización se celebran las asambleas regionales donde se ordenan las prioridades de cada región de la ciudad.

Junto con estas asambleas, se crearon las asambleas temáticas. Con ellas se abrió el procedimiento a otros sectores de la población de la ciudad (movimientos de mujeres, de salud, culturales, educativos) de manera que se discutieran las necesidades generales de la ciudad, más allá de las necesidades particulares de cada región. Así se establecieron seis estructuras de participación para los siguientes temas específicos: organización de la ciudad y desarrollo urbano y ambiental; cir-

¹⁹ BARCELÓ, S., PIMENTEL, Z., *Radicalizar la democracia. Porto Alegre: un modelo de Presupuesto Participativo*, Catarata, Madrid, 2002, pp. 73-74.

²⁰ NAVARRO, Z., «Participatory Budgeting' –the case of Porto Alegre (Brazil)», presentado en el *Regional Workshop: Decentralization in Latin America– Innovations and Policy Implications*, Caracas, 1996, p. 27.

²¹ El 22 de enero de 2002 el Consejo del OP aprobó los cambios propuestos por el Grupo de Trabajo de Modernización del OP. Estos cambios se tradujeron en los siguientes puntos:

1. Se sustituyeron las dos rondas de asambleas regionales y temáticas por una única ronda.
2. Se celebra una Asamblea de la Ciudad en la primera quincena de julio, que es un encuentro donde toman posesión de su cargo los Consejeros del OP y se entrega al gobierno la jerarquización de las obras y servicios, decidida por los participantes en el OP.
3. El Plan de Inversiones pasa a ser aprobado tanto por el COP (como venía siendo hasta ahora) como por los foros de delegados regionales y temáticos en los meses de octubre y noviembre.

culación y transporte; salud y asistencia social; cultura; desarrollo económico y tributación; y educación, deporte y entretenimiento.

Junto con las asambleas o reuniones regionales o temáticas se instituyó otro foro no anual de decisión que son los congresos de la ciudad. En ellos se trataba de definir de una manera más global el futuro de la ciudad. El objetivo era trazar estrategias a largo plazo de forma participativa.

En las asambleas o reuniones la población decidía qué prioridades regionales o temáticas (dependiendo de la asamblea de la que se trate) se ejecutarían. Además la prefectura debía presentar las cuentas del ejercicio anterior y se elegían los delegados y consejeros del OP. Estas personas representaban a la población en el Consejo del OP y en los Foros de Delegados. La representación era un instrumento para agilizar el procedimiento y depende de las decisiones adoptadas en las asambleas. Es más un mandato que una representación tal y como se entiende en la democracia liberal o poliarquía electoral.

Las deliberaciones dirigidas para priorizar la distribución de los recursos es el verdadero núcleo del procedimiento. En ellas los ciudadanos tienen la posibilidad de defender la prioridad que considera más importante. Es una manera de tratar de convencer a sus vecinos en el último momento antes de la votación. Estas intervenciones no estaban exentas de críticas a los políticos profesionales, quienes se encontraban excluidos del OP. Por tanto, la ciudadanía de Porto Alegre no sólo decide prioridades, sino que además participa de un debate público sobre las mismas.

Las decisiones se tomaban siguiendo los criterios que a continuación enumero: la prioridad electa en la región, carencia de servicios e infraestructura y población general de la región.

El ejecutivo de Porto Alegre participaba en el procedimiento facilitando asesoramiento técnico e infraestructura para las celebraciones de las diversas reuniones o asambleas. No tenía derecho a voto. El presupuesto terminaba presentándose a la cámara de representación municipal donde se aprobaba al gozar de un alto grado de legitimidad.

Entendemos que tanto el pacto local, como estrategias de participación decisión como el OP son iniciativas muy positivas y un sólido argumento para apoyar una real descentralización en España. Pero el OP y cualquier iniciativa ciudadana depende de un marco jurídico y financiero que facilite recursos, controles y competencias. De lo contrario la supervivencia de cualquier iniciativa destinada a mejorar la democracia estará irremisiblemente condenada al fracaso.

V. CONCLUSIONES

Los problemas que el Estado policentralista nos plantea son numerosos y complejos. En este trabajo hemos pretendido realizar una

aproximación preliminar a un fenómeno que requiere un estudio más extenso. A continuación expondremos una serie de conclusiones.

1) El proceso descentralizador propiciado por la Constitución de 1978 ha sido asimétrico y desigual: muy intenso, generoso y amplio para las Comunidades Autónomas, pero muy restrictivo y limitado para los entes locales, cuya configuración constitucional debe mejorarse en su fundamento constitucional –la garantía institucional de la autonomía local– y en su sistema de financiación. El vaciamiento competencial del Estado y la congelación de los poderes locales ha dado lugar al Estado policentralista, formado por los nuevos centralismos autonómicos, cuyas administraciones y redes clientelares han crecido por imitación del antiguo Estado centralista. Las negociaciones del año 2006 para las reformas estatutarias, especialmente en Cataluña, demuestran una vez más la radicalización del poder centrípeto de las Comunidades Autónomas donde los partidos nacionalistas gobiernan.

2) El Estado policentralista se configura como una expresión limitadora del proceso de descentralización presente en nuestra Constitución de 1978, que pone en duda el carácter originario de la soberanía popular y el poder integrador de las instancias generales. El texto de la propuesta de Estatuto de Autonomía de Cataluña confirma esta realidad y la concreta en un régimen de bilateralismo Estado-Comunidad Autónoma que olvida la diferencia entre poder originario y poderes derivados. Frente a la consolidación de las redes clientelares que paralizan el impulso modernizador y la alternancia política, en el futuro las Comunidades Autónomas deberían iniciar un proceso urgente dirigido a la descentralización de sus competencias y sus recursos a las entidades locales con el fin de que éstas dispongan de financiación suficiente para atender las demandas sociales, a través de un proceso de permeabilidad a las iniciativas ciudadanas que aproxime el poder a las personas y haga más transparente la gestión de sus recursos y de políticas urbanísticas.

3) Asimismo, *de lege ferenda* proponemos una nueva definición doctrinal y jurisprudencial de la función constitucional de los entes locales, a través de una categoría más racional y segura jurídicamente que la garantía institucional, fundamentado en un derecho de participación de los entes locales, compatible con su función constitucional. En este sentido, el Pacto Local, como instrumento de participación local en los asuntos autonómicos, y las iniciativas ciudadanas, como el «presupuesto participativo», son dos instrumentos participativos claves para la construcción de un modelo estatal solidario, integrador y cooperativo y para la definición de la reclamada función constitucional.

4) A partir de esta definición de la función constitucional de los entes locales, debe reordenarse el régimen competencial municipal a través de una aplicación de los pactos locales autonómicos, una coordinación de las políticas urbanísticas y territoriales y una reordenación

de los títulos horizontales y de las subvenciones. La organización territorial del Estado debe caminar hacia un sistema integrado, equilibrado y compensado entre las distintas Administraciones Públicas, donde comiencen a fortalecerse los derechos de participación de los ciudadanos en la instancia más cercana y donde el principio de separación vertical de poderes remedie los excesos del nuevo centralismo autonómico, que ha ubicado a España en una nueva forma de concebir el poder: el Estado policentralista.

5) Una de las consecuencias del Estado policentralista puede ser la constitución de *facto* de comunidades autónomas de servicios públicos de nivel alto, intermedio y bajo. Toda vez que las competencias que afectan a los ciudadanos más directamente se encuentran transferidas, lo que puede marcar en el futuro cercano el nivel de cada autonomía es la capacidad financiera. Así, Cataluña y Andalucía tendrán un nivel competencial semejante, pero los servicios públicos dependerán de la posibilidad de gasto de una u otra. Madrid o la Rioja tendrán, tal vez, menos competencias que Andalucía, pero con más capacidad de gasto. Esto nos lleva a que los ciudadanos de rentas medias o bajas tengan servicios diferentes, dependiendo de la autonomía donde habiten, mientras que a los de rentas altas no les importe dicha situación ya que pueden acudir con facilidad al sector privado para satisfacer sus necesidades.

Para finalizar quisiéramos apelar a la idea de ciudadano soberano frente a cualquier noción trascendental de «nación» o «pueblo» que recorte y limite la capacidad constituyente de un colectivo de personas que, aún consciente de sus diferencias (que nunca pueden ser un vehículo que consagre desigualdades por razón de renta), buscan, mediante la acción política en democracia, satisfacer necesidades comunes.

Es ésa la gran riqueza de la democracia.

La difusa discriminación por el mérito: genealogía y desarrollo

Por JESÚS GARCÍA CÍVICO
Universitat Jaume I de Castellón

«El mayor de los males son las guerras civiles. Son seguras si se quiere recompensar los méritos porque todos dirán que los merecen. El mal que hay que temer de un necio que sucede por derecho de nacimiento, no es ni tan grande ni tan seguro»

Pascal, *Pensamientos*

RESUMEN

La referencia al mérito en la oposición normativa a políticas igualitarias como las acciones positivas o en propuestas como la de Renta Básica, así como en el ámbito de la justicia distributiva, revela un uso explícitamente antiigualitarista de la noción de mérito. En ese debate aparece la antigua noción de mérito como «piedra angular» de una discriminación estructural y difusa, pieza clave de la retórica de la desigualdad de estatus al servicio de una identidad dominante. El concepto de mérito individual en el seno de la filosofía del derecho, moral y política, así como su relación con un tipo de discriminación estructural, se analiza en este artículo a partir de su relación con la noción de igualdad, enfocando su apología históricamente a partir de la relación de las diferentes bases meritorias con la noción de justicia y comprobar cómo la noción de mérito individual forma parte de un conjunto de creencias, valores y modelos de comportamiento que describe pero también prescribe y configura formas de desigualdad en un proceso de invisibilización ideológica.

Con el fin de estudiar la relación entre mérito e igualdad y las diferentes actitudes hacia ellos, este artículo se centra en los períodos históricos en los que la igualdad aparece como valor: la Grecia clásica y su teoría de la

democracia, y la modernidad (en autores como Kant, Locke o Rousseau y en las Declaraciones de Derechos). De esta forma es posible entender la relación entre la defensa meritocrática de la inteligencia y esfuerzo individual en la base de la oposición racionalista a formas estáticas de desigualdad y una particular visión de la igualdad de oportunidades.

Palabras clave: *Mérito, Meritocracia, Igualdad, Oportunidad, Discriminación.*

ABSTRACT

The appeal to desert or merit in normative opposition to equality policies like affirmative actions or proposals like Basic Income as well as, in general terms, to distributive justice and egalitarian claims, it reveals today an explicitly antiegalitarian use of desert, but also, it shows the old notion of merit as angular stone of a diffuse, structural discrimination and key piece of the rhetoric of inequality of status serving to a domineering identity. The concept of desert in law, justice, moral and political philosophy as well as its diffuse discrimination is analysed historically in this article dealing equality with merit/ desert and focusing its historical apology and genealogy in justice values in order to see the different desert bases and how the main notion of individual desert becomes a key of the system of beliefs, values and models of behaviour, which across its coercive - normative power, describes but also it expires, regulates but also models forms of inequality through an invisible ideology.

In order to study the relationship between Equality/Desert and the different attitudes towards them, the article deals with two different historical periods (those when Equality becomes a political value): Ancient Greek society (Pericles and the democratic theory); and Modernity (Rousseau, Locke, Kant and the Bills of Rights) to see the relationship between the meritocratic defence of individual intelligence or effort on the basis of the rational opposition to hierarchical forms and a particular view about equality of opportunity.

Key words: *Merit, Desert, Meritocracy, Equality, Opportunity, Discrimination.*

SUMARIO: 1. UN PUNTO DE PARTIDA: LA CONFLICTIVA, CONFUSA Y PARADÓJICA NOCIÓN DE MÉRITO.—2. ¿QUÉ ES EL MÉRITO?—3. EL MÉRITO POR SU FUNCIÓN: EL USO ANTIGUALITARIO DEL MÉRITO.—4. GENEALOGÍA DE LA NOCIÓN DE MÉRITO. 4.1 *Demokratía*. 4.2 Redefinición moderna: talento y título; vinculación mercantil. Finalidad. 5. CONCLUSIÓN: EL MÉRITO EN EL NUEVO CONTEXTO AGONAL.

1. UN PUNTO DE PARTIDA: LA CONFLICTIVA, CONFUSA Y PARADÓJICA NOCIÓN DE MÉRITO

En un trabajo reciente Amartya Sen señala la necesidad de realizar una serie de especificaciones en la noción de mérito si se quiere entender el lugar que éste ocupa en relación con la justicia¹. Chaïm Perelman, en un contexto diferente, ya advertía que el mérito es una noción «cuyo uso sólo se concibe en función de su misma confusión»². Antes y desde la ficción distópica *El triunfo de la meritocracia*, Michael Young acuñaba el término *meritocracy*³ apuntando el riesgo de una sociedad que tomara su lógica demasiado en serio.

Creo que este es un (triple) punto de partida acertado para la aproximación a este escurridizo objeto de estudio: (1) La definición de mérito (¿qué es el mérito?) exige dilucidar un conflicto previo en la sociedad y en sus valores. Existe una tensión elemental entre la inclinación a ver el mérito en términos absolutos, y el carácter en última instancia instrumental del mérito, esto es, su dependencia del concepto de bien (*good*) en la sociedad. La noción de mérito es fundamentalmente *derivada*, y no puede sino ser calificada de contingente. (2) El concepto es confuso, y sin embargo, en sentido amplio puede significar la posibilidad de su conciliación con otros valores. (3) Las exigencias lógicas de su significación meritocrática conducen a paradojas⁴ y profundas contradicciones.

Suscribo que estos contrastes básicos deben hacerse más intensos por la tendencia, en la práctica, a caracterizar el «mérito» en formas inflexibles que reflejan valores y prioridades del pasado, a menudo en conflicto *agudo* con conceptos que serían necesarios para consi-

¹ SEN, A., «Merit and Justice», en ARROW, K., BOWLES, S., DURLAUF, S., (Eds.) *Meritocracy and Economic Inequality*, Princeton University Press, 2000, p. 5.

² PERELMAN, CH., OLBRECHTS TYTECA, L., *Tratado de la argumentación*, Gredos, Madrid, 1998, p.215.

³ La primera aparición del término *meritocracy* en prensa de 1958 en *The Economist* de 1 de Noviembre debió ser como reseña de la novela de Michael Young *The rise of meritocracy*. El 28 de Abril de 1960 aparece en *The Guardian* como término vinculado a la política. En 1961 aparece en *Harper's Bazar*, «The grammar schools... have given birth to a new class, the meritocracy». En 1967 *New Scientist* de 10 de agosto, «Public subsidy of the future meritocrat elite is efficient, but inequitable». En 1973, *The Guardian* de 21 de abril aparece en oposición a la monarquía. En 1975 el Suplemento del *Times* de 2 de Mayo se dice de Keynes que «era un meritócrata, no un demócrata». (*Keynes...was a meritocrat, not a democrat*). En la actualidad el uso se ha generalizado. La «meritocracia» se convirtió en bandera de las oposiciones sociales y políticas en Sudamérica a las formas endogámicas y a las designaciones por afinidades y colaboracionismos propias de las diversas dictaduras de Chile, Argentina, etc., que asolaron el continente durante el siglo pasado. La expresión es más popular allí que en España donde se usa más en el ámbito educativo que en el político.

⁴ Sobre su carácter paradójico, *vid.* CARABAÑA, J., «Las paradojas de la meritocracia», *Revista de Occidente*, 1, 1980, pp. 101-120. Sobre su «colapso» en el ámbito educativo, *vid.* GIL CALVO, E., «El colapso de la meritocracia», en *Claves de la Razón Práctica*, número 9, 1990, pp. 56-63.

derar el mérito en el contexto de valores y de preocupaciones contemporáneas. Suscribo la debilidad de la denominada *oposición meritocrática* frente a medidas igualitarias⁵. En relación con la meritocracia, considerada como forma racional de estratificación y desigualdad de status, su forma sociopolítica resulta también porosa en la medida en que dejando abierta la cuestión de quién define lo que deba ser considerado mérito, existe el peligro de que sean precisamente aquéllos que se consideran a sí mismos «personas de gran mérito» los que hayan definido *desde arriba* lo que éste significa. O dicho de otra forma, con Weber, que «la más sencilla observación muestra que en todos los contrastes notables que se manifiestan en el destino y en la situación de dos hombres, tanto en lo que se refiere a su situación económica o social como en cualquier otro respecto, y por evidente que sea el motivo puramente «accidental» de la diferencia, el que está mejor situado siente la urgente necesidad de considerar como «legítima» su posición privilegiada, de considerar su propia situación como resultado de un «mérito» y la ajena como producto de una «culpa»⁶.

En lo que sigue, me propongo *problematizar* la noción de mérito, sosteniendo que la triple nota anterior (contingencia, confusión y riesgo) es un dato sustancial necesario para responder al uso explícitamente antiigualitario del mérito. Desde el punto de vista metodológico, hasta donde alcanzo, no existe un trabajo sistemático que aborde las implicaciones discriminatorias de la noción de mérito desde una perspectiva histórica y conceptual. En particular, pretendo mostrar con esta perspectiva que el maridaje de la noción de mérito con la identidad dominante es un dato consustancial a su definición que provoca siempre una exclusión o una discriminación difusa, estructural o sistémica.

2. ¿QUÉ ES EL MÉRITO?

Según la RAE (1) «acción que hace al hombre digno de premio o de castigo; o (2) hablando de cosas, lo que hace que tengan valor». Esto es, en (1) el mérito es una acción. En (2) es una propiedad: «una acción de mérito». En inglés: *Merit/ Desert* (mérito/ merecimiento) *Merit* puede traducirse como «mérito», e indica una «cualidad» que se extiende a personas y a cosas⁷. *Desert* refiere «lo que uno merece»,

⁵ «Oposición meritocrática» por ejemplo en expresión de KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Las acciones positivas», *Jueces para la democracia*, 4/ 2002, pp. 49-69.

⁶ WEBER, M., *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 705.

⁷ Algunas teorías de la justicia basadas en el mérito niegan su extensión a cosas, así, SADURSKI, W. *Giving Desert Its Due: Social Justice and Legal Theory*, Reidel, Dordrecht, 1985.

puede traducirse como «merecimiento»⁸, como algo «merecido» e igualmente como «mérito»: *To get one's desert*, significa «llevarse alguien su merecido», de ahí el verbo *to deserve* «merecer»: *he deserves to win*: «merece ganar»⁹. Hay una correspondencia entre mérito y concreción de merecimiento, en la expresión francesa *méritoire*, el italiano *meritorio* o el alemán *verdienstlich* de *verdienst* –merecer–.

La etimología del *meritum* latino tampoco señala un contenido a la acción merecedora de recompensa¹⁰. No especifica la base del mérito. Hay unas constantes: la presencia de un sujeto (sujeto meritorio) y el nexo entre la acción de tal sujeto y la merecida recompensa, bajo la forma *merecer* esto es, la correspondencia de un haber a un ser. La noción de «merecer» se encuentra en buen número de reflexiones en relación con la justicia. En efecto, existe una tradición iniciada en Platón, Aristóteles, que atraviesa la obra de Hobbes, Locke, Rousseau o Stuart Mill, retomada más tarde por autores como Joel Feinberg o Henry Sidgwick hasta Michael Walzer o Wojciech Sadurski, según la cual la acción de merecer (*deserve, verdienen*) guardan una estrecha relación con la justicia, de acuerdo con la máxima según la cual *justicia es dar a cada cual lo que se merece*, próxima a su vez a la conocida y vacía sentencia de Simónides recogida por Ulpiano en el *Digesto* según la cual *justicia es dar a cada uno lo suyo*¹¹.

Es cierto que una aproximación lingüística no aporta un contenido a la noción de mérito. En relación con la base de lo meritorio, es preciso plantearla como una variable histórica y como tal, objeto de sucesivas redefiniciones en el ámbito ético, jurídico, político y económico. La apelación al mérito como principio de aptitud basada en el talento está, como es sabido, en la base de la reivindicación moderna de la apertura de cargos y posiciones frente a la adscripción estamental, correspondiendo a Weber el análisis sociológico del proceso de burocratización¹². Desde una perspectiva político-económica, se ha dicho que el mérito

⁸ Para Walzer el merecimiento es una exigencia seria, aunque exige juicios difíciles, y sólo en condiciones muy especiales produce las distribuciones específicas del mérito (*desert*). WALZER, M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 37.

⁹ Cfr. SCHER, G., *Desert*, Princeton University Press, 1987.

¹⁰ El uso religioso señala a la «buena acción» en diferentes lugares del Nuevo Testamento. El mérito del sufrimiento ocupa la bibliografía de la discusión teológica acerca del aspecto meritorio de las buenas obras para la salvación eterna, la distinción mérito de condigno, mérito de congruo, y el debate entre católicos y protestantes sobre las virtudes terrenales, *vid.* DEPAMARFE, *Mérito y valor del sufrimiento en gracia de Dios*, León Cornejo, 1988.

¹¹ *Vid.*, POJMAN, L. P./OWEN MCLEOD, «Historical Interpretations of Desert», en *What Do We Deserve? A Reader on Justice and Desert*, Oxford University Press, New York, 1999, pp 10- 56.

¹² Para un análisis inscrito en el debate sobre procesos sociales conducentes a situaciones de eficacia de los derechos apoyado en el análisis de Weber sobre la relación entre esos derechos como criterio de legitimación del poder político y los procesos de burocratización, *vid.*, AYMERICH, I., *Sociología de los derechos humanos. Un modelo weberiano contrastado con investigaciones empíricas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

individual (esfuerzo, ingenio, etc.) se convierte en piedra angular del discurso del capitalismo desde el siglo XIX y en corolario del discurso del *hombre hecho a sí mismo*, esto es, en el aspecto lírico del individualismo como lo estudiarán más tarde Steven Lukes o C. B. McPherson. En sede filosófica, autores preocupados por el problema del determinismo han estudiado el mérito en relación con la libertad del sujeto y su responsabilidad, así, desde Kant hasta los trabajos de Galen Strawson, Harry Frankfurt o Peter F. Strawson. En el terreno de la ética, el rechazo kantiano a una ética fundada en el régimen de premios y castigos da otro ejemplo de su carácter problemático, en este caso entre el deber de recompensar lo meritorio (*verdienstlichen*) y las obligaciones en un sentido más riguroso (*unnachlässlichen*)¹³. Desde el modelo *cum philosopher*, Milton Friedman o James Buchanan defienden el mérito como incentivo en el mercado. En el ámbito filosófico político anglosajón, preocupado por la virtualidad del principio de igualdad de oportunidades como base justificadora de desigualdades¹⁴ de *status*, el mérito ocupa numerosas páginas de las reflexiones ya clásicas de John Rawls (al hilo de la «lotería natural») y en general en el discurso iusfilosófico del liberalismo político –en el amplio espectro que va desde *entitlement* de Richard Nozick a los *méritos orgánicos* de Thomas Nagel¹⁵.

Sobre todo, resulta un lugar común referir el mérito a aquel principio que, apelando a la capacidad individual, se opuso a las filiaciones hereditarias, la selección endogámica, el nepotismo, la exclusión formalizada o la adscripción natalicia propias de la estratificación premoderna del *Anciene Règime*, de ahí que se le confiera un cierto halo igualitario por emancipador. Por su contenido se entiende también la suma de ingenio y esfuerzo, conocida desde Locke como forma legítima de apropiación de la propiedad y evolucionada como modo de estratificación hasta el *Intelligence + Effort = Merit* propio de las sociedades postindustriales que describieran Daniel Bell o Joaquín Riquelme.

El término «meritocracia» parece haber sido acuñado por Michael Young en su novela utópica, o mejor, distópica *El triunfo de la meritocracia 1870-2033*¹⁶. Según este planteamiento los méritos de los individuos, expresados por capacidades intelectivas sancionadas por el sistema de títulos, constituirían la base indispensable, aunque

¹³ JOHNSON, N., R. «Kant's Conception of Merit», *Pacific Philosophical Quarterly* 77, 1996, pp. 313-337.

¹⁴ Sobre la individualización de la pobreza como raíz del problema, *vid.*, PROCACCI, G., «Ciudadanos pobres. La ciudadanía social y la crisis de los estados del bienestar», GARCÍA, S., LUKES, S., *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación*, Siglo XXI, Madrid, pp.15-41.

¹⁵ NAGEL, T. *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, Paidós, Barcelona, 1996.

¹⁶ La distopía de Young propone en clave satírica la utopía de una meritocracia donde la generalización del principio del mérito lleva a la constitución de una clase dirigente de hombres perfectamente seleccionados, los cuales, después de numerosos y cuidadosos tests de inteligencia logran acceder a los más altos grados de la instrucción asumiendo después todos los cargos directivos. YOUNG, M., *El triunfo de la meritocracia (1870-2033)*, Tecnos, Madrid, 1964.

no siempre suficiente, del poder de las nuevas clases dirigentes, obligando a los tradicionales grupos dominantes a adecuarse¹⁷. Aunque cabrá distinguir entre reflexiones basadas en el título y reflexiones que indagan en el mérito¹⁸ se postula la progresiva extinción del principio de *ascription* (según el cual las posiciones sociales son *atribuidas* por nacimiento) sustituido por el principio de *achievement* (por el cual tales posiciones sociales son *adquiridas* por capacidades individuales). La meritocracia como sistema de estratificación social se supone más dinámico cuanto más abierto es el acceso a la base de lo meritatorio o desde la perspectiva liberal cuanto mejor corrija las desventajas sociales y culturales¹⁹. En el cada vez más amplio ámbito del mercado se defiende como principio de eficiencia y estímulo de la competencia dejando a la esfera privada la tarea de su definición. En la esfera pública, se tiene como forma de acceso a la función pública cuando esta no tiene funciones político ejecutivas.

En efecto, en la modernidad el mérito legitima el ascenso de la burguesía en oposición al principio adscriptivo del esquema estamental. Es el interrogante de Beaumarchais *¿Qué servicios ha realizado el señor conde para llegar a ser un gran hombre merecedor de estos bienes? Simplemente se ha tomado el esfuerzo de nacer... eso es todo*²⁰. La idea quedó reflejada en el artículo 6.º de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789. «La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, 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».

La conciliación moderna entre el mérito y la igualdad se propone a partir del principio de igualdad formal como igualdad ante la ley²¹. La

¹⁷ BOBBIO, N., MATUCCI, N., PASQUINO, G., *Diccionario de política*, Siglo XXI, Madrid, 1998, p. 961.

¹⁸ Vid. FEINBERG, J., «Justice and Personal Desert», *Nomos VI*, New York, Atherton, 1963, pp. 63-97. GOODIN, R., «Negating Positive Desert Claims», *Political Theory* 13, 1985, pp. 575-98. KLEINIG, J., «The Concept of Desert», *American Philosophical Quarterly*, 1971, pp. 71-78. LAMONT, J., «The Concept of Desert in Distributive Justice», *Philosophical Quarterly* 44, 1994, pp. 45-64. SHER, G., «Effort, Ability, and Personal Desert», *Philosophy and Public Affairs* 8, 1987, pp. 361-76. YOUNG, R., «Egalitarianism and the Modest Significance of Desert», *Ethics* 102, 1992, pp. 319-41. ZAITCHIK, A., «On Deserving to Deserve», *Philosophy and Public Affairs* 6, 1977, pp. 370-88.

¹⁹ SANDEL, M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 92-97.

²⁰ Es Peter Sloterdijk quien recurre (con cierta insistencia) a esta referencia para ilustrar el debilitamiento de las distinciones basadas en la sangre pero también la forma en que la sociedad contemporánea materializará desde tal debilitamiento, escalas de valores, rangos y jerarquías en todos los posibles ámbitos. Vid., SLOTERDIJK, P., *El desprecio de las masas. Ensayo sobre las luchas culturales de la sociedad moderna*, Pre-Textos, Valencia, 2002.

²¹ Es allí donde, como recuerda de Lucas, el juicio sobre políticas de discriminación inversa depende de que se superen las objeciones relativas al equilibrio con el principio meritocrático (a cada cual según sus capacidades): esto es «que sean tan

Lej Fundamental (*Grundgesetz*) de Bonn en su art. 33.2 completa el principio de igualdad formal con el reconocimiento de la igualdad de acceso de todos los alemanes a los cargos públicos según su aptitud, capacidad y labor profesional. El mérito, como tal, aparece una vez en la Constitución Española de 1978, lo hace en el art. 103.3 referido al acceso a la función pública: «La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de *mérito* y capacidad». El mérito en su uso constitucional matiza el art. 23.2 siendo un concepto jurídico indeterminado relacionado con la capacidad y la aptitud.

Creo que la falta de conexión entre las diferentes perspectivas que se refieren al mérito es un obstáculo para la elucidación de los problemas que se plantean en relación con otros valores a la vez que oculta su discriminación difusa. Como viera Agnes Heller comparar a las personas según méritos y deméritos – que es según la autora después de todo, la forma más común de hacer justicia– es un procedimiento que difícilmente puede entenderse en términos de la dicotomía «igualdad/ desigualdad», ni siquiera en el marco de un sistema legal moderno, altamente tecnificado y legalizado²². En sede iusfilosófica, Bobbio escribe que no hay teoría de la justicia que no discuta algún criterio de justicia como especificaciones de la máxima general y vacía: «a cada uno lo suyo». Así: «a cada uno según su mérito», «según su capacidad», «según su talento», «según su esfuerzo» «según el trabajo», «según el rango»²³.

Barbara Goodwin escribe al hilo de los *usos* de las ideas políticas que «mérito» (*merit*) significa contribución a la sociedad y «merecimiento» (*desert*) valor moral y ambos «se utilizan de forma similar y a menudo son intercambiables». Por otra parte introduce un nuevo elemento. *Titularidad*. Las teorías de la justicia basadas en el mérito, el merecimiento o la titularidad distinguen entre personas y justifican que haya recompensas diferenciadas. (Si bien, «mérito» implica contribución a la sociedad, «merecimiento», valor moral y «titularidad», algo integrado y construido histórica y legalmente)²⁴.

¿Estuvo siempre el mérito ligado a la capacidad o al título académico? ¿La tensión se produjo entre mérito y arbitrariedad natalicia o fue un conflicto para dirimir hegemonías de su base? ¿Todo grupo dominante no ha justificado su dominio bajo el principio del mérito en sentido amplio como mejor aptitud para el *kratos*? En relación con la

relevantes que justifiquen la limitación (no la anulación) concreta y temporal del principio del mérito». DE LUCAS, J., «La igualdad ante la ley», *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 498.

²² HELLER, A., *Más allá de la justicia*, Barcelona, Crítica, 1990, p. 14.

²³ Añade, «ninguno de estos criterios tiene valor absoluto (...) aunque existen situaciones en que se aplique predominantemente uno más bien que otro (...) en la escuela cuando hay finalidades esencialmente selectivas, el criterio del mérito». BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 63.

²⁴ GOODWIN, B., *EL uso de las ideas políticas*, Península, Barcelona, 1988, p. 365.

meritocracia *stricto sensu* ¿no hablaba el mismo Constant de la propiedad como requisito de elegibilidad por encima de la inteligencia? ¿Qué lugar se propuso para la inteligencia en los regímenes totalitarios que precisamente encumbraron la fuerza, el vigor y la adhesión al *mejor* frente al intelectual? La exclusión que apela a la capacidad alcanza su expresión más trágica en las Leyes de Nüremberg que exigieron «Solididad de antecedentes arios y políticos correctos para ser funcionario civil: expulsión de las profesiones públicas de judíos, comunistas e izquierdistas». ¿Apela esta ley a un «mérito eugenésico», la mejor capacidad aria debida a la pertenencia a una raza superior²⁵?

3. EL MÉRITO POR SU FUNCIÓN: EL USO ANTIIGUALITARIO DEL MÉRITO

A pesar del «halo igualitario» del mérito (por haberse erigido como base abierta al acceso a cargos en detrimento del «esfuerzo natalicio») desde la sociología son ya clásicas tanto el giro de Marx (de cada cual según su capacidad, a cada cual según sus necesidades) como el importante saldo crítico del principio del mérito en las tesis de la reproducción de Bourdieu o de Passeron, esto es, el mérito individual como coartada ideológica de un sistema que desde la educación no hace sino reproducir la desigualdad. En la actualidad la noción de mérito se encuentra explícitamente en la oposición normativa a medidas informadas por el valor igualdad, así la fiscalidad progresiva, la acción positiva²⁶ o la propuesta de Renta Básica.

El mérito en sentido amplio (ligado a la noción de merecer)²⁷ cumple hoy esa función de título justificativo de la desigualdad que ya denunciara John Galbraith en el seno de la «cultura de la satisfacción» y que, por ejemplo, analiza el brasileño Barbosa de forma ejemplar. Los integrados en el mercado, «creen que no están haciendo más que obtener su justo merecimiento. (...) si la buena fortuna es merecida o si es una recompensa del mérito personal, no hay justificación plausible para cualquier acción que pueda venir a perjudicarlo. La primera

²⁵ Sobre tal subordinación del principio de responsabilidad individual a la nación, *vid.*, CAMPDERRICH, R., *La palabra de behemoth. Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt*, Trotta, Madrid, 2005. MATE, R., *Memoria de Auschwitz*, Madrid, Trotta. GARCÍA AMADO, J. A., «Nazismo, derecho y filosofía del derecho» *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 350 y ss.

²⁶ En oposición o abierta polémica, *vid.* entre otros, GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

²⁷ Así en el sentido de Sadurski para quien la justicia requiere que las personas deben obtener lo que se merecen, a partir de un esfuerzo consciente con riesgo, inversión de tiempo, etc., SADURSKI, W., «Distributive Justice and the Theory of Punishment», *Oxford Journal of Legal Studies* 5, 1985, pp. 47-59. Para una síntesis de su posición, *vid.*, CAMPBELL, T., *La Justicia. Principales debates contemporáneos*, Gedisa, Barcelona, 2002.

característica de la mayoría satisfecha es su afirmación de que los que la componen están recibiendo lo que se merecen en justicia». Lo que sus miembros individuales aspiran a disfrutar es el producto de su esfuerzo, su inteligencia y su virtud personales. «La buena fortuna es recompensa al mérito y, en consecuencia, la equidad no justifica ninguna actuación que la menoscabe o que reduzca lo que se disfruta». La reacción habitual es la indignación contra lo que usurpa aquello que se merece²⁸. Como resume Barbosa, en nombre del mérito, los excluidos están recibiendo lo merecido²⁹.

En el terreno de la exclusión social autores como Balibar, Castel, Dahrendorf llaman la atención sobre la fuerza con que se consolida una franja social que *excluye* desde pobres estancados en su miseria, a parados permanentes y grupos étnicos desaventajados incapaces de aportar los méritos que el mercado demanda. Al hilo del proyecto de construcción europea, Javier de Lucas apuntaba el problema de la exclusión tanto a partir de la exclusión institucional de los extranjeros, como a partir de «una segunda fuente de exclusión: la que, en el interior del grupo, padecen quienes, perteneciendo a él, son apartados de la distribución de bienes por la hegemonía de algunos de los principios elegidos para tal adjudicación: el mercado, el *mérito*, la necesidad»³⁰. Daniel Raventós denunciaba como principal justificación de la desigualdad la que cobra forma en la expresión «la gente tiene lo que se merece». Esto es, así como el rico *merece* su riqueza, premio a su emprendedor dinamismo, el pobre –por su falta de aptitud y esfuerzo– *merece* su opuesto destino social. Como señalaba con ironía «oportunidades no faltan, sólo hay que saberlas buscar». Tomando parte en el debate que suscitara John Rawls incluyendo los talentos, la fortaleza física, o aquel *dinamismo* celebrado por la última argumentación meritocrática, en la «lotería natural»³¹, se señala, en mi opinión acertadamente, que esta justificación meritocrática de la desigualdad es tan demagógica como falsa, como cierto es el hecho de que nadie merece moralmente ni su azar genético ni su azar social muy desigualmente distribuidos. Nadie merece moralmente la familia que le ha tocado en suerte, rica o pobre, decente o depravada, ni, por tanto, las oportunidades –favorables o no– que pueda brindarle»³². Asistimos, de forma paralela al aumento de la desigualdad, a un interés creciente en fortalecer en la conciencia colectiva a la noción de mérito como elemento legitimador de las diferencias eco-

²⁸ GALBRAITH, J. K., *La cultura de la satisfacción*, Ariel, Barcelona, 1992, p. 27.

²⁹ BARBOSA, L., *Igualdade e meritocracia: A etica do desempenho nas sociedades modernas*, Fundacao Getulio Vargas, Río de Janeiro, 1999.

³⁰ DE LUCAS, J., *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996, p. 29.

³¹ Esto es que nadie merece sus dotes naturales y a la vez que «la distribución natural no es justa ni injusta (...) lo que puede ser justo o injusto es el modo en que las instituciones actúan respecto a esos hechos». RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 125.

³² RAVENTÓS, D., DE FRANCISCO, A., «Ricos y pobres», *El País*, 16 de Noviembre de 2002.

nómicas, de posición o de *status*. El fortalecimiento de la noción de lo meritorio ha pasado por el intento de toda una generación de pensadores, sobre todo en EEUU, en depurar el principio de igualdad de oportunidades. Cabe preguntar, ¿su modelo de igualdad de oportunidades sirve a la igualdad o a la desigualdad? Con la igualdad de oportunidades³³, ataque frontal paulatino a lo que Nagel llama *discriminación intencional de tipo tradicional*³⁴, «los más capaces recibirían mayores y mejores recompensas»³⁵. Pero como recordaba Bobbio, el principio de igualdad de oportunidades, aún siendo un principio genérico, «no es sino la aplicación de la regla de justicia a una situación en la cual haya personas en competición entre sí para la consecución de un objetivo único»³⁶. La idea de juego competitivo parece requerir un carácter voluntario (si no lúdico) que no se da cuando la recompensa es la propia existencia.

La representación *laissez-farista* del mercado como mecanismo natural de asignación unida a la concepción individualista y neo-hobbesiana del sujeto pretende proporcionar un contexto agonal que se presenta como orden meritocrático natural, eficiente y justo. Creo que es necesario atender a la perspectiva histórica para ver la construcción de ese contexto de competición y situar al mérito como un concepto ligado a los grupos hegemónicos erigido con una finalidad antiigualitaria proveedora de ventajas y discriminaciones difusas.

El mérito no es una invención liberal, sino que bien como criterio de adjudicación de cargos y posiciones, bien como principio de distribución, y en general como idea que refiere los actos dignos de premio o de castigo, es un instrumento valorativo de reparto, una construcción cultural con incidencia en la norma jurídica que otorga *a priori* ventajas estructurales al sujeto-patrón de lo meritorio.

4. GENEALOGÍA DE LA NOCIÓN DE MÉRITO

La evolución histórica del mérito pone de manifiesto su funcionalidad respecto al grupo dominante en la conciliación jurídico política

³³ Bajo el título de «igualdad de oportunidades» han recibido cobertura muy diversos contenidos e ideologías, por su ambigüedad. Así, Nozick, Hayek o Friedman identifican igualdad de oportunidades con igualdad ante la ley, en el extremo opuesto del arco ideológico «la igualdad en el desarrollo de las capacidades individuales, también puede ser vista como igualdad de oportunidades. Entre ambos extremos, la manifestación doctrinal más característica de la igualdad de oportunidades es la ideología meritocrática, según la cual los puestos y recompensas sociales deben atribuirse conforme a los talentos de cada cual». El principio de igualdad de oportunidades ligado a la idea de meritocracia se sitúa en una posición intermedia entre el modelo de igualdad ante la ley y el de la igualdad de resultados. RUIZ MIGUEL, A., «Discriminación inversa e igualdad», *El concepto de igualdad*, A. Valcárcel (comp.), P. Iglesias, Madrid, 1994.

³⁴ NAGEL, T., *Igualdad y parcialidad. Bases éticas de la teoría política*, op. cit., p. 108.

³⁵ KERBO, H. R., *Estratificación social y desigualdad*, op. cit., p. 60 ss.

³⁶ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, op. cit., p.77.

del mérito con la igualdad. Con el fin de señalar esos contenidos y su historicidad así como desdeñar su carácter natural y su filiación liberal, me detengo sólo en los momentos en que la igualdad aparece como valor. Esto es, aquéllos dos hitos, la antigüedad clásica (*demokratía*) y la modernidad ilustrada, aquellos en los que, por utilizar la expresión de Castoriadis, la sociedad se autoinstituye en el seno de una *historicidad fuerte*³⁷ que cuestiona el poder que se deriva de las *jerarquías* previas en las posiciones de los sujetos.

4.1 *Demokratía*

Jean Paul Vernant recuerda que el nacimiento del concepto de mérito es inescindible del nacimiento del concepto de sujeto: la relación entre individuo y mérito forma parte de la contrapartida moral que acompaña los avances del Derecho en el seno de las instituciones públicas. La historia jurídica griega introduce las nociones de «responsabilidad, culpabilidad personal y *mérito*»³⁸. La pertenencia de un *haber* a cada *ser*. Pero Vernant y también R. K. Sinclair se refieren al *moderno* concepto de mérito y por eso el primero dice que su condición de posibilidad es el reconocimiento de virtudes individuales que si bien pueden ser suscitadas por un dios, no dependen del linaje ni —al menos en forma declarada— de la riqueza económica. En la génesis de la noción de mérito, no existiendo la expresión latina *meritum*, debemos fijarnos en la idea de desigualdad merecida, en el mérito como virtud o mejor como excelencia, como *areté*, en la *axía* y en la *axíosis*, en la medida en que lleven asociada una *imagen* de la distinción/ estratificación de cargos y posiciones en función de méritos³⁹. A decir de autores tan dispares como Domenico Musti, Guthrie, Werner Jaeger, Allison o Adkins las nociones de *axía* y *axíosis* traducen la base estática y dinámica respectivamente de lo meritorio⁴⁰. El contenido y el alcance del mérito en la antigüedad no es el mismo que en la modernidad.

El término *areté* no connota sólo excelencia sino también capacidad para sobresalir. Mediante su influjo el *agathós* (bueno) se convierte en *aristós* (mejor). El *kalos kagathós* griego revela la intrincada unión entre el modelo de hombre y la forma en que sus capacidades

³⁷ CASTORIADIS, C., «La democracia ateniense: falsas y verdaderas cuestiones», *El ascenso de la insignificancia*, Cátedra, Madrid, 1998, p. 184-185.

³⁸ VERNANT, J. P. «El individuo en la ciudad», en VVAA. *Sobre el individuo, otros*, Barcelona, Paidós, p. 36. Sobre las transformaciones y actitudes psicológicas, vid. VERNANT, J. P., *Los orígenes del pensamiento griego*, Paidós, Barcelona, 1992.

³⁹ Vid. ADKINS, A. W. H., *Merit and Responsibility: A Study in Greek Ethics*, University of Chicago, 1960. Sobre lo merecido (*desert*) a partir de un análisis de actitudes valorativas vid., ALLISON, J. W., «Axíosis, the New Arete: A Periclean Metaphor for Friendship», *Classical Quarterly*, Oxford, vol. 51, 2001, pp. 53-64.

⁴⁰ Para W. C. Guthrie *axiocracia*, aunque con Musti *meritocracia*. MUSTI, D., *Pubblico e privato nella democrazia periclea*, en Quad. Urbin. Di Cult. Class, 20, 1985. MUSTI, D., *Demokratía, Orígenes de una idea*, Alianza, Madrid, 2000.

son valoradas. Es «la imagen del hombre tal como debe ser». Los preceptos transmitidos desde la *paideia* ponen de relieve el alcance que en el origen de nuestra cultura cobra la *distinción*⁴¹. Esto es, el hecho fundamental por el cual, según Jaeger, «toda alta cultura surge de la diferenciación de las clases sociales, la cual se origina a su vez en la diferencia de valor espiritual y corporal de los individuos»⁴².

En *Las Leyes* Platón enumera reglas axiomáticas del mandato por naturaleza: los mejores deben gobernar sobre los peores⁴³ y que: «(Zeus) a quién más méritos posee le concede mayores distinciones y honores, y lo mismo en lo que corresponde por virtud y educación. Y yo creo que para nosotros la política es precisamente esto, la justicia en sí misma»⁴⁴.

Desde la educación pero también desde la lucha deportiva, la distinción por el mérito ha de ver con el carácter agonal del contexto donde se recompensa. En *Estadios sin Dioses* Eherenberg recuerda que las competiciones deportivas sólo han podido darse sobre los ideales democráticos y *meritocráticos* como la Grecia antigua y las sociedades modernas⁴⁵. Según Roxana Kreimer la lógica de los certámenes deportivos hace que el régimen de premios (y de castigos) desarrollado por el dogma católico se encuentre en ciernes en la tradición clásica⁴⁶. La práctica general de la competición presupone una noción de mérito. Adorno y Horkheimer en *Dialéctica de la Ilustración* recuerdan que la proeza de la épica articula la prehistoria del sujeto moderno mostrando al yo compitiendo con los demás para *desigualarse*⁴⁷.

Si la noción de mérito es contingente y relativa a lo que el grupo dominante considera digno de premio, los estudiosos de este periodo coinciden en señalar su conexión con los valores del grupo dominante. Para Jaeger, en un primer momento «señorío y *areté* se hallaban indisolublemente unidos»⁴⁸. En el debate sobre si ésta era cuestión enseñable o de talento natural Teognis hace de los términos «bueno» y «noble» sinónimos.

⁴¹ Sobre su función histórica en otros ámbitos, *vid.* BOURDIEU, P., *La distinción*, Taurus, Madrid, 1988.

⁴² JAEGER, W., *Paideía*, *op. cit.*, pp. 19-20.

⁴³ 1. los padres deben gobernar a los hijos; 2. los nobles a los innobles; 3. los viejos a los jóvenes; 4. los señores a los esclavos; 5. *los mejores a los peores*; 6. los hombres cultos a los incultos; 7. el elegido por suerte a aquél en quien no ha recaído la elección. PLATÓN, *Leyes*, 691 a.

⁴⁴ PLATÓN, *Leyes*, 757 a.

⁴⁵ EHRENBURG, A., «Estadios sin dioses», *Revista de Occidente*, Madrid, 1992, p. 134, Madrid. Otros han visto la conexión del mérito deportivo con la política. Para Clifford Geertz los juegos deportivos se desarrollan en una dimensión simbólica, la cual, justamente por ello permite escenificar la lucha de poderes. GEERTZ, C., *La interpretación de las culturas*, Gedisa, Barcelona, 2000.

⁴⁶ KREIMER, R., *Historia del examen*, *op. cit.* p.17 ss.

⁴⁷ ADORNO, HORKHEIMER, *Dialéctica de la Ilustración*, Trotta, Madrid, p. 198.

⁴⁸ JAEGER, W., *Paideía*, *op. cit.*, p. 21.

El nacimiento noble (*eugeneia*) es propuesto como sinónimo de aptitud y mejor capacidad para el desempeño de un cargo. Pero desde Homero sabemos que los griegos también consideraron la destreza y la fuerza como el supuesto evidente de toda posición dominante. En *Merit and Responsibility*, un estudio específico sobre la presencia del mérito en la antigüedad, A. W. H. Adkins señala entre los rasgos meritorios del héroe: «la mayor eficiencia de su fuerza para atacar y para defenderse en la lucha». Pero la posición de Agamenon como rey homérico no descansa en la fuerza ni en la habilidad en la lucha⁴⁹ sino que se debe a la «riqueza heredada» (*inherits wealth*), armas, protección y carros de lucha.⁵⁰ A su vez, Hesíodo eleva a virtud el trabajo y el esfuerzo *ponos* en los *Erga*⁵¹ y no resulta forzado proponerlo como primer difusor del mérito del esfuerzo canalizado en el trabajo cuyo eco aún resuena con todas sus variantes en el cristianismo, la fórmula de Locke, la ética calvinista, o las ideologías surgidas con el trasfondo de la revolución industrial hasta el trabajo como elemento central de la arquitectura institucional del modelo fordista-keynesiano. Forma de legitimar el *derecho* a ver recompensados los frutos obtenidos por el *pónos*, el esfuerzo del sujeto⁵² se configura pronto como acción meritoria. Hannah Arendt recuerda en *La condición humana* que la *polis* asumió la idea de combate como modalidad legítima y necesaria para su propia organización⁵³. El *agón* toma la forma de concursos de tragedias, de competición entre poetas, de discursos sobre la justicia abiertos a todos los reconocidos como iguales⁵⁴. Castoriadis responde a la pregunta sobre la conciliación entre *agón* e igualdad: descansa en la idea griega de que el derecho sólo existe entre iguales, y en la posibilidad de que en el contexto de los iguales (los varones libres) el

⁴⁹ ADKINS, A. W. H., *Merit and Responsibility: A Study of Greek Values*, op. cit., p. 35 En otro lugar se destaca que la posición del *basileus* debe mucho a su capacidad para conseguir adeptos en las causas que promueve. En ADKINS, A. W. H., *Moral Values and Political Behaviour in Ancient Greece*, Chatto & Windus, London, 1972.

⁵⁰ «El derecho de reinar descansaba en parte en el nacimiento, pero principalmente en la superioridad personal. La autoridad no era estable ni estaba fundada por sí misma, sino que tenía por condición esencial el valor, la resolución, la inteligencia». HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Alianza, Madrid, 1997, p. 411.

⁵¹ HESÍODO, *Trabajos y días*, Madrid, Alianza, 1998, p. 70, 17 – 27.

⁵² Vid. GERNET, L., *Antropología de la Grecia Antigua*, Taurus, Madrid, 1981. MARTÍNEZ DÍEZ, A., *Hesíodo, obras y fragmentos*, Madrid, Gredos, 1978. También inciden el ideal de la *areté* como excelencia VERNANT, J. P., *Mito y sociedad en la Grecia antigua*, Siglo XXI, Madrid, 1982.

⁵³ ARENDT, H., *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 282; ARENDT, H., *¿Qué es la política?*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 110.

⁵⁴ «Los atenienses dieron un sentido de refinamiento a cada objeto de reflexión o de pasión mediante recompensas que consistían en beneficios con los que premiaban todo esfuerzo de ingenio empleado en conseguir el placer, el adorno o las comodidades de la vida; mediante la variedad de situaciones en que se encontraban los ciudadanos.» FERGUSON, A., *Un ensayo sobre la historia de la sociedad civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974.

papel de los «más fuertes» pueda ocupar un lugar en todos los ámbitos, incluso en la política en tanto que institución⁵⁵.

Frente a la herencia del grupo dominante que esgrime como base meritoria la sangre o la riqueza, la *demokratía* como régimen donde la igualdad es valor, debió suponer, al decir de los comentaristas de la época, un cambio en la jerarquía de valores. La *demokratía* hereda las diferentes definiciones del mérito, una base, por así decir, «polimeritocrática». La valoración histórica de lo meritorio no puede entenderse como una sucesión de compartimentos estancos que se sustituyen de forma radical conforme se suceden formas políticas o jurídicas pero muchas de esas bases denuncian que la igualdad es contraria al mérito. En la *Política* se enuncia como el primero de sus signos el que en ella se gobierna por turnos y que «el pueblo quiere tener derechos por número y no por méritos»⁵⁶. La institución política que valora la igualdad (entre los previamente considerados iguales) fundamenta en el mérito la medida prestacional: se trata de la propuesta *hedonista* de Pericles, quien como recoge Tucídides, dijo que en Atenas: «Según la valoración (*axíosis*) según el crédito que consiga en una actividad, no se le prefiere por la riqueza más que por sus méritos (aquí su «excelencia», «virtud» *areté*) ni se ve obstaculizado por su estatus social (*axioma*) si es capaz de prestar un buen servicio a la ciudad». Las primeras formas asistenciales⁵⁷ (cierto es que en la oposición *theoriká* – *stratíotiká*) encontraron su justificación última en el fin (republicano) de estimular un amplio espectro (artístico, político, etc.) de capacidades. Las medidas para *igualar* a los *igualmente* considerados son propias de la democracia. Domenico Musti afirma que en la representación antigua, la meritocracia es «el perfil aristocrático de la democracia», que el epíteto *prôtos anér* y el prestigio de Pericles es *meritocrático*⁵⁸, y que éste defendió, precisamente, el acceso al ideal meritocrático a toda la ciudadanía, para cuya realidad efectiva articuló toda una serie de medidas asistenciales, que trascendiendo el acceso a la educación, debían eliminar el obstáculo de la sujeción a las necesidades y subvencionar el ejercicio de la ciudadanía para que no quedara reservada a un grupo dominante.

4.2 Redefinición moderna: talento y título; vinculación mercantil. Finalidad.

¿Cómo se redefine el mérito en la modernidad? Han cambiado las relaciones interpersonales, los sistemas de convivencia, de conflicto, de cooperación; ha cambiado la idea de mérito por la enorme influen-

⁵⁵ CASTORIADIS, C., «Imaginario político griego y moderno», *op. cit.*, p. 179.

⁵⁶ ARISTÓTELES, *Política*, VI, 1317 a – 1318 a.

⁵⁷ GSCHNITZER, F., *Historia social de Grecia*, Akal, Madrid, 1987.

⁵⁸ También que «En una concepción meritocrática, Pericles era a los ojos del pueblo el mejor». En MUSTI, D., *Demokratía. Orígenes de una idea*, *op. cit.*, pp. 197 ss.

cia del cristianismo⁵⁹. Determinadas formas de vida y estructuras psicosociales, sugieren que bajo el estrato superficial, permanece su potencial discriminatorio. ¿Ha habido una redefinición premoderna del concepto de mérito?

En líneas generales, sí, y la modernidad reacciona frente al mérito de la hazaña premoderna útil al señor, o al monarca: el auge de la gesta caballera del «hombre fuerte» recompensada con el cargo o la prerrogativa. Bronislaw Geremek en *La piedad y la horca* describe la división entre pobres merecedores de asistencia, y pobres que no la merecen («pobre como Pedro, pobre como Lázaro») que condiciona las medidas asistenciales hasta la modernidad⁶⁰: junto al pobre voluntario que abandona lo mundano se ayuda al que se esfuerza por salir de tal condición. Pero respecto a su precedente inmediato el concepto moderno de mérito ya no será referido (pero tampoco desaparecerá del todo) a los «grandes», ni a la sangre, a la hazaña (Cervantes certifica el acta de defunción de la gesta caballeresca) ni al sufrimiento (sancionado como meritorio desde el cristianismo) o la pobreza meritoria de la *fuga mundi*. El puritanismo entendió que la obtención de logros terrenales era un anticipo de la salvación. Frente a la valoración de la pobreza como imitación de Cristo, y la condena, más o menos extendida, de la búsqueda del propio interés en olvido de los necesitados, Weber afirmó, como es sabido, que fue el espíritu ascético evolucionado lo que favoreció la búsqueda puramente ascética del rendimiento y del beneficio que caracteriza el desarrollo económico: la actitud mercantil del hombre burgués se justificó éticamente haciendo de esa actividad un instrumento de perfección religiosa. Si fuera posible simplificar las cosas hasta ese punto, podríamos decir, haciéndonos un eco esquemático de la tesis weberiana, que los méritos para ganarse el cielo y los méritos para ganarse la tierra a partir de esta época coinciden. En esa gran transformación el interés y la ambición se tornan pasiones inocuas en un proceso perfectamente estudiado por A.O. Hirschman⁶¹. Al igual que en *La fábula de las abejas* de Mandeville, Kant celebra como causa de progreso esa dinámica de acción y reacción provocada por pretensiones egoístas, sin la cual «todos los talentos cuyo germen porta la humanidad quedarían eternamente adormecidos»⁶². Influido por sus lecturas de Smith y de Malthus, Darwin permite una lectura socialmente meritocrática⁶³ de una explicación

⁵⁹ Vid., LE GOFF, J., *Los intelectuales en la Edad Media*. Gedisa, Barcelona, 1993. MURRAY, A., *Razón y sociedad en la Edad Media*. Taurus, Madrid, 1983. ULLMANN, W., *Historia del pensamiento político en la Edad Media*. Ariel, Barcelona, 1999.

⁶⁰ Vid. GEREMEK, G. *La piedad y la horca. Historia de la miseria y de la caridad en Europa*, Alianza, Madrid, 1998.

⁶¹ HIRSCHMAN, A. O., *Las pasiones y los intereses*, Barcelona, Península, 1999.

⁶² KANT, I., *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 11.

⁶³ Así la síntesis que Roxana Kreimer realiza entre el ideal meritocrático, el principio de igualdad de oportunidades y la historia del examen y del monopolio de la educación desde las elites. KREIMER, R., *Historia del mérito*, op. cit., p. 21.

(en principio circunscrita a la biología) que acentúa la importancia del mecanismo de la competencia en procesos de selección natural de los más aptos. Herbert Spencer y Francis Galton tratan de integrar una teoría de la sociedad con la biología, planteando la inferioridad biológica de los socialmente inferiores e intentando explicar la meritocracia desde la herencia.

La base moderna del mérito vendrá constituida por la acción individual ligada a la capacidad, talento, esfuerzo e ingenio. Para tal gesta personal (académica o mercantil) se requiere la confianza en uno mismo, la capacidad para el trabajo mercantilizado, para la creación (que habrá de recorrer ese camino mercantilizador) la posibilidad de asunción de riesgo, etc. Se trata de los rasgos que precisamente se hallan sublimados en lo que W. Sombart denomina *virtudes burguesas*: «una complicada psique compuesta por el afán de enriquecimiento, espíritu de empresa y mentalidad calculadora»⁶⁴. La subjetividad jurídica moderna responde a un molde excluyente incluso cuando la construcción iluminista troca la sujeción premoderna (los que oran, los que laboran, los que luchan) y la jerarquía estática, en igualdad formal.

Pero la Ilustración supuso el cuestionamiento no solo de las jerarquías heterónomamente recibidas, sino también de la desigualdad. A la luz de la Razón la conjetura antropológica de Rousseau plantea la presencia de la desigualdad de capacidades. «Aquel que cantaba o danzaba mejor; el más bello, el más fuerte, el más diestro, el más elocuente se convirtió en el más considerado, y éste fue el primer paso hacia la desigualdad»⁶⁵. En efecto, el *Discurso* plantea de manera brutal y sencilla la tensión entre el mérito y la igualdad: la valoración («aquel que cantaba o danzaba mejor, el fuerte, el diestro, el elocuente») en forma de recompensa («se convirtió en el *más considerado*») es el primer paso hacia la desigualdad.

La definición moderna de mérito comienza, pues, unida al cuestionamiento de la desigualdad adscriptiva, pero su redefinición, el mérito racionalizado como talento o como capacidad, está hecha a la medida del grupo más influyente del XVIII: el burgués ilustrado. El mérito no es un invento liberal: su victoria se cimienta sobre el declive de una definición anterior de lo meritorio: En el *Ensayo sobre los privilegios* de Sieyès, el barón de Senecey se dirige al rey en estos términos: «¡Tantos servicios prestados desde tiempo inmemorial, tantos honores y dignidades transmitidos hereditariamente a la nobleza y *merecidos* por sus labores y su fidelidad habrán servido acaso, en lugar de para

⁶⁴ SOMBART, W., *El burgués. Introducción a la historia espiritual del hombre económico moderno*, Alianza, Madrid, 1982, p. 163.

⁶⁵ ROUSSEAU, J. J., *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Tecnos, pp. 255-256. Prueba de la complejidad de la noción de mérito es su ausencia de sistematización. En Rousseau, basta atender a la multiplicidad (muchas veces contradictoria) de ámbitos donde se presenta, desde el *Emilio*, hasta los recursos a la naturaleza desigual (tan caros a los moralistas, que desde Platón han recurrido a la naturaleza para legitimar modos diferenciadores de educación) presentes en el *Contrato Social*.

evarla, para rebajar su condición». El representante de la nobleza recuerda ser hombre de mérito y señala que la historia ha mostrado las «preeminencias que el nacimiento ha concedido a ese orden (...) la eminencia de sus *cualidades*»⁶⁶. D'Alambert escribe en *Enciclopedia* que para su detentador los privilegios nobiliarios se *merecen*, tanto por las hazañas, como por los servicios prestados en el pasado, como por sus aptitudes o talentos naturales. La contestación se da en los mismos términos: «Vuestra pereza prefiere los privilegios (...) no aspiráis a ser distinguido *por* vuestros conciudadanos sino a que os distingán *de* vuestros ciudadanos. Si es así, no merecéis ni lo uno ni lo otro, y no se os propondrá para una recompensa al mérito»⁶⁷.

El reverso del mérito emancipatorio supone la desigualdad racionalizada a partir de la medición de la aptitud y más tarde por la traducción del esfuerzo depositado en los sistemas de remuneración mercantiles; esfuerzo no siempre voluntario, Zygmunt Bauman describirá el exilio agrícola y el proceso de presión a la fábrica mediante la depauperación de medidas asistenciales⁶⁸, proceso del que cabe inferir la ausencia de la voluntariedad de amplios grupos de sujetos en el inicio del contexto agonal liberal capitalista.

El mérito cobra un halo igualitario en la demanda emancipadora de toda una clase, pero creo que es en el seno de la amplia crítica a las realidades sociales, económicas, jurídicas y psicológicas del Antiguo Régimen donde cabe situar la profunda relación del contenido moderno de la idea de mérito con el objeto, que según Tocqueville, tuvo la Revolución Francesa, esto es, no sólo cambiar un gobierno antiguo sino *abolir la forma antigua de la sociedad*⁶⁹. La nueva sociedad debe sustituir las diferencias encontradas por las diferencias *hechas* (en la expresión de A. Finkelkraut: *vivre autrement l'inégalité*)⁷⁰. La sociedad secular se preocupa por la cuestión de dónde puede tomar sus distinciones⁷¹. La primera de ellas es una cuestión de *talento*.

a) *Talento acreditado*

El dinamismo del mérito como talento⁷² lo resume perfectamente P. Hazard: «sólo es verdaderamente noble aquel que merece el bien de

⁶⁶ SIEYÈS, E., *Ensayo sobre los privilegios*, Madrid, Alianza, 2003, p. 77- 79.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 77. Sobre el enfrentamiento como «reacción» a una estructura social más igualitaria posterior a la eliminación del rango en autores de la época, E. Burke o A. Tocqueville, HIRSCHMAN, A. O., «200 Years of Reactionary Rhetoric», *Living as Equals*, Oxford University Press, 1996.

⁶⁸ BAUMAN, Z., *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, Barcelona, Gedisa, 2000.

⁶⁹ *Vid.*, TOCQUEVILLE, A., *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid, Alianza, 1982.

⁷⁰ FINKELKRAUT, A., *La humanidad perdida*, Anagrama, Barcelona, 1998.

⁷¹ SLOTERDIJK, P., *El desprecio de las masas*, *op. cit.*, p. 87.

⁷² La identificación entre mérito y talento resulta aún excesivamente reductiva. Diderot refleja en *El sobrino de Rameau* el trasfondo social donde la valoración del sujeto pasa por el papel que la propia sociedad permite a la construcción de la identidad. DIDEROT, D., *El sobrino de Rameau*, Cátedra, Madrid, 1985. Para un uso más

su nación y de la humanidad; no aquel cuyos antepasados merecieron bien en otro tiempo de una colectividad que no estaba regulada según principios racionales»⁷³. Pero esa racionalidad vehiculada en el proyecto educativo ilustrado supone la valoración del tipo de saber y de aptitud funcional a la idea de progreso y la desvalorización sistemática de otras formas de socialización diferentes a la escuela, así, como en general, todo saber o cultura ajena al mérito racionalizado. Se trata de la identificación de la cultura dominante con la *verdadera* cultura, «con una cultura culta o superior que niega la coherencia de las representaciones de las formas de vida de las clases sociales antagónicas»⁷⁴. Y también al reflejo jurídico de un etnocentrismo de clase que legitima la dominación simbólica de la cultura dominante y avala a su vez «una visión miserabilista de otras culturas» —contempladas con frecuencia desde el elitismo y el paternalismo (gitanos en España; aborígenes, indios, africanos, etc., en la justificación de la superior aptitud en el colonialismo)— siendo preciso, entonces, reconstruir el conjunto de prácticas y representaciones simbólicas que están en íntima relación con las desiguales condiciones materiales de existencia, pero también con los estilos de vida refractarios al nuevo orden agonal propuesto a la luz de la idea de progreso: la Ilustración proyecta sus «zonas de sombra» desde la arqueología escolar. F. Enguita recuerda que desde finales del XVIII se asume la necesidad de preparar, no tanto en el terreno cognitivo y de contenidos sino sobre todo en el de *actitudes y hábitos*⁷⁵, a las clases populares para los requerimientos de la incipiente industrialización. La amplitud de los listados de vagos y maleantes incluye (para su persecución) todo comportamiento nocivo al nuevo espíritu de superación a la luz del progreso⁷⁶.

Gibbon aún expresa en diversos lugares el inquieto desdén porque la *canaille* llegue a considerarse del mismo rango que la clase intelectualmente mejor preparada. Para D'Alembert basta con que los hombres sean iguales ante la ley y que el nacimiento no confiera ningún privilegio⁷⁷. Para Della Volpe, es en las *Cartas sobre la nueva Eloísa*, donde se elude con ironía a la posibilidad de que «un aprendiz de relojero que sepa leer y escribir» fuera cabalmente igual a «los grandes de España» o los «alcaldes de Ginebra»; el *honnête-homme*, o gentil-hombre que es el *homme-éclairé* o intelectual burgués, sustituye al

cercano al terreno puramente filosófico del mérito, *vid.*, SHAFTESBURY, A., *Investigación sobre la virtud o el mérito*, Madrid, CSIC, 1997, o SMITH, A., *Teoría de los sentimientos morales*, Alianza, Madrid, 1997.

⁷³ HAZARD, P., *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, Alianza, Madrid, 1991, p. 77.

⁷⁴ VARELA, J., ÁLVAREZ URÍA, F., *Arqueología de la escuela*, La Piqueta, Madrid, 1991, p. 86.

⁷⁵ FERNÁNDEZ ENGUITA, M., *La cara oculta de la escuela. Educación y trabajo en el capitalismo*, Siglo XXI, Madrid, 1990, p. 160 ss.

⁷⁶ VARELA, J., ÁLVAREZ URÍA, F., *Arqueología de la escuela*, *op. cit.*, p. 59.

⁷⁷ SAVATER, F., *Diccionario filosófico*, voz «Igualdad», Planeta, Barcelona, 1999, p. 190.

*honnête-homme-de-qualité*⁷⁸. El énfasis del *concourse aux places* proviene del hombre burgués que encuentra en el título un argumento justificador de nuevas desigualdades. La Universidad ya no significará el tránsito de la condición primitiva y animalesca a la urbanidad como la describiera Le Goff⁷⁹ pero cuando la asistencia a las universidades europeas se hace más frecuente se mira el cuerpo estudiantil con preocupación⁸⁰. En la mayoría se opta por un *numerus clausus* a fin de proteger la jerarquía social. Otra vez el mérito es paradójico: la integración de todos en un mérito universal se logra *contra* colectivos incapaces de seguir el ritmo agonal. El principio selectivo del mérito, más sutil y difícil de reconocer que otros principios de exclusión, convierte, según Foucault⁸¹, en relaciones de poder las relaciones de saber y transforma las diferencias de clase en distinciones de inteligencia, justificando la teodicea de una clase cuyo poder se legitima en nombre de la ciencia en lugar de en nombre de la sangre.

El mérito se modela curricularmente a la imagen de un sujeto blanco, heterosexual, mayor de edad y con propiedades. Jurídicamente la prescripción meritocrática no acaba de corregir (hubiera sido necesaria la abolición de la institución de la herencia) ni la desigualdad en el punto de partida de la competición (*agón*) ni el secular prejuicio frente a minorías étnicas y culturales o frente a las clases más bajas, a las que se le señala su falta de aptitud derivada de sus rasgos culturales, de la sujeción a la necesidad.

La idea de una escuela neutral (igual para todos) y un proceso de selección presidido por principios universalistas conduce a la percepción de estatus adquiridos (frente a los adscritos de la era pre-moderna). La sociedad meritocrática se presenta como resultado final de ese proceso de selección justa. Será más tarde en el seno de las teorías de la reproducción (Bourdieu, Passeron, Althusser) cuando se denuncie que mediante la acción pedagógica se despliega la arbitrariedad cultural en un proceso cuya carga de violencia simbólica reside en la inculcación de una ideología que preserva y reproduce las relaciones de poder entre las clases sociales.

En *La meritocracia y el C.I. Una nueva falacia del capitalismo*, Bowles y Gintis escriben que la meritocracia es un concepto funcional

⁷⁸ DELLA VOLPE, G., *Rousseau y Marx y otros ensayos de crítica materialista*, Eds. M. Roca, Barcelona, 1969, p. 105.

⁷⁹ «Los compañeros se burlan de su olor de fiera salvaje (...) lo desembarazan de cuernos y excrescencias. Lo lavan, le pulen los dientes. En una parodia de confesión el novato revela vicios extraordinarios. El futuro intelectual abandona su condición primitiva. El joven pasa de la bestialidad a la humanidad, de la rusticidad a la urbanidad». LE GOFF, J., *Los intelectuales en la Edad Media*, Gedisa, Barcelona, 1986, p.83.

⁸⁰ RIDDER-SIMOENS, H., «Capacitación y profesionalización», Reinhard (Comp.) *Las elites del poder y la construcción del Estado*, Madrid, FCE, 1997. p. 211. Citado en SÁNCHEZ HERRERA, J. web del autor.

⁸¹ Vid., FOUCAULT, M., *Saber y verdad*, Madrid, La piqueta, 1980. O más genéricamente, FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1978.

al capitalismo legitimador de un sistema de desigualdad⁸². Existe una correspondencia estructural entre las relaciones sociales del trabajo⁸³ adulto y las relaciones escolares que preparan para insertarse en él desigualmente pero de forma no conflictiva. Tener más títulos educativos no es consecuencia de una mayor inteligencia, sino simplemente una recompensa por soportar más tiempo el poder que se padece en la escuela⁸⁴. Argumentos apoyados en estadísticas de movilidad social señalan la falacia de la igualdad por el mérito⁸⁵.

b) *Mérito privado: mercado, ordenamiento jurídico*

Para poder entender mejor de qué meritos hablamos hoy cabe recordar que si en el ámbito público el acceso a cargos se realiza desde la modernidad bajo la racionalización de la capacidad a través de la administración de títulos académicos, en el ámbito privado la liberación de la proyección jerárquica *liriza* mercantil y jurídicamente el principio de adquisición legítima: el ingenio y esfuerzo del individuo que compite con sus capacidades en pie de igualdad.

El sistema de libertad natural elimina la condición del nacimiento como un componente de la persona y considera a cada una libre para demostrar su valía. Un ordenamiento jurídico caracterizado por su simplicidad, generalidad, confiabilidad, por la armónica ausencia de lagunas, y antinomias conforma el marco en que los individuos habrán de perseguir sus fines privados. Esto es, el contexto agonal como marco protegido por un derecho puramente «negativo» o limitador de los obstáculos que pueda encontrar en la búsqueda de recompensa al esfuerzo el sujeto moderno: el individuo libre, mayor de edad, racional, autónomo, heterosexual, dotado de conciencia y voluntad y dueño de sus decisiones. Un sujeto, o, a decir de S. E. Tedeschi, una alegoría insostenible. La nueva estratificación social encaja las piezas para presumir su legitimidad. La oposición a la arbitrariedad se perfilará como uno de los rasgos distintivos de la concepción moderna del mérito y estará en la base de la evolución hacia lo que sus defensores llamarán una «meritocracia justa»⁸⁶.

⁸² BOWLES, S. y GINTIS, H., *La meritocracia y el C.I. Una nueva falacia del capitalismo*, Barcelona, Anagrama, 1976. También BOWLES, S. y GINTIS, H., *La instrucción escolar en la América capitalista*, Siglo XXI, Madrid, 1985, pp. 170 ss.

⁸³ En este caso debe especificarse qué trabajo se considera hoy meritorio, dadas las profundas transformaciones tanto en el mismo como a su alrededor. Para una completa descripción de este proceso, vid. GORZ, A., *Metamorfosis del trabajo*, Sistema, Madrid, 1995, pp. 167-175.

⁸⁴ FEITO, R., «Escuela y hegemonía», *Revista de Educación*; cit. en REDONDO, J. M., *La educación juvenil entre la educación y el empleo*, op. cit., p. 167 ss. Cfr. FEITO, R., *Nacidos para perder Un análisis sociológico del rechazo y abandono escolares*, CIDE, MEC, Madrid, 1990.

⁸⁵ Vid., BOUDON, R., *La desigualdad de oportunidades. La movilidad social en las sociedades industriales*, Laia, Barcelona, 1983.

⁸⁶ La evolución sugiere un proceso de desposesión de la persona por la que en cada transición los rasgos que se consideran arbitrariamente dados y por lo tanto

Un sujeto *S* merece una recompensa *R* en virtud de una base *B* si es responsable de esa base.

S deserves R in virtue of B only if S is responsible for B

Si hay un pilar simbólico, una *pedra angular* en expresión de Stanley Fish⁸⁷, común a los tres momentos evolutivos del capitalismo —el capitalismo liberal decimonónico, el capitalismo bienestarista keynesiano, y el capitalismo globalizado coincidente con el repliegue del Estado Social— éste bien puede ser el principio mérito redefinido mercantilmente. El mérito es *pedra angular* porque es la creencia en que el mercado recompensa el esfuerzo y el ingenio depositado en él, aquello de lo que depende la adhesión *a*, y el funcionamiento *de*, todo el sistema económico. Es un pilar simbólico porque aunque la objetivación de las desigualdades salariales por categorías profesionales —traductoras si se quiere de las diferentes capacidades— es más bien una señal de un segundo capitalismo, el mérito está presente desde el liberalismo decimonónico como forma legítima de ascender, y ser por tanto justamente *desigual*. A las ideas dinámicas⁸⁸ de competencia, *elasticidad* del mercado, *movilidad* vertical, *carrera* profesional, *ascenso* social, etc., se une la propia lógica capitalista. El protagonista de la novela corta de Dostoievski, *El jugador*, dirá: «la facultad de amasar fortunas se ha vuelto, a lo largo de todo un proceso histórico, virtualmente el principal punto del catecismo de todas las virtudes y cualidades del hombre occidental civilizado»⁸⁹. La recompensa económica (*financial desert*) y en general la diferencia de propiedad queda asociada al logro individual y debe ser garantizada por la norma jurídica. En el *Segundo ensayo sobre el gobierno civil* Locke ya asoció a la propiedad como «ingenio e industria»: «Y dado que la cantidad de posesiones que podían adquirir dependía del grado de *ingenio* y *esfuerzo* que se aplicara, esta invención del dinero les dio la oportunidad

abandonan el sentido fuerte y constitutivo del mérito. Para una visión de este proceso del «yo» a la «mío» por el que los componentes arbitrarios del mérito dejan de concebirse como componentes presuntos y se ven relegados a meros atributos, vid. SANDEL, M., *El liberalismo y los límites de la justicia*, op. cit., pp. 110-126.

⁸⁷ FISCH, S., *Práctica sin teoría: retórica y cambio en la vida institucional*, Destino, Barcelona, 1989.

⁸⁸ La idea moderna de tiempo, bajo la noción de progreso, no sólo delimita el moderno trasfondo agonal que sirve a la base del mérito. La meritocracia moderna contiene numerosas expresiones que inciden en ese dinamismo desde la *movilidad* vertical meritocrática, hasta un mérito actual: el sujeto dinámico. Más exactamente la demanda de *jóvenes dinámicos*. Heilbroner en BOLTANSKI, L., CHIAPELLO, E., *El nuevo espíritu del capitalismo*, Madrid, Akal, 2002. Sobre el incumplimiento de la promesa de felicidad de la idea de progreso y más tarde de la evolución tecnoproductiva a partir de la consecución en la práctica de un cuerpo social hiperexplotado abocado a una crisis de subjetividad en la inversión de energía en lo útil que caracteriza el capitalismo global. BERARDI, F., *La fábrica de la infelicidad*, Traficantes de sueños, Madrid, 2003.

⁸⁹ DOSTOIEVSKI, F., *El jugador*, Alianza, Madrid, 1993.

de aumentar la producción y las posesiones»⁹⁰. Llamemos, pues, «individualismo meritocrático» al conjunto de ideas que se hallan detrás de la justificación de la movilidad social vertical, sea como paso de un nivel social a otro, sea como lugar que el individuo ocupa en la escala social y en la cual, tal individualismo actúa como índice, mientras que la justificación es una apelación a la idea de mérito. Para que el mérito sea realmente individual, el agente ha de percibirse como responsable único de su *desigualdad*, es necesario que mirando hacia atrás pueda considerar que donde ahora hay desigualdad merecida, antes había igualdad; esto es, en palabras de Pietro Barcellona, «a través de un mercado y un derecho mercantil que pudo coexistir sin el escándalo de la desigualdad» el *proprium* conseguido en el juego de intercambios económicos conforma el individuo independiente de previos vínculos holísticos, «el orden artificial es el orden de los valores individuales; pero el individuo que vale es el propietario privado»⁹¹.

Se trata de la interiorización de la idea de que cada quién ocupa la posición que se merece, que a la vez genera una conducta opuesta a la redistribución social, o si se quiere, incluso, un general recelo frente a la esfera pública. La tensión entre mérito e igualdad empieza a concretarse como oposición a medidas redistributivas con la asunción de ese «orden cosmológico» (secularización de la providencia) que es la *mano invisible*. «Proscritos enteramente todos los sistemas de preferencia o de restricciones, no queda sino uno sencillo y obvio de la libertad natural, que se establece espontáneamente y por sus propios *méritos*»⁹². La mano invisible supone un método de asignación, lo suficientemente «difuso» y «opaco» como para conformar la percepción de la desigualdad. Según F. Parkin, uno de los rasgos del orden estratificacional apoyado en el mercado es que la asignación de remuneraciones no corre a cargo de ningún grupo social fácilmente identificable y políticamente establecido. El mercado constituirá un mecanismo impersonal que «genera más bien desigualdades como efecto del libre juego de ciertos principios económicos que como consecuencia de decisiones políticas adoptadas por la clase dominante»⁹³. Si hay una democracia que insistió desde el principio en la noción de logro personal, de mérito y de oportunidad fue la estadounidense, cuyo territorio gustaba de llamar «tierra de oportunidades». En su léxico, la oportunidad «tiene que ver también con la creencia en el concepto de la meritocracia, con que el éxito de las personas se debe al talento, al trabajo y a las realizaciones reales del individuo»⁹⁴. Para Joel Feinberg, mérito (*desert*) es una

⁹⁰ LOCKE, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, p. 238 (Cursiva mía).

⁹¹ BARCELLONA, P., *El individualismo propietario*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 64-65.

⁹² SMITH, A., *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, op. cit., p. 612.

⁹³ PARKIN, F., *Orden Político y desigualdades de clase*, Debate, Madrid, 1978, p. 243.

⁹⁴ LUNTZ, F., «Americans Talk About the American Dream», en *The New Promise of American Life*, LAMAR, CHESTER (Comps.), Hudson Institute, Indianapolis, 1995.

noción moral «natural» conceptualmente anterior a las instituciones sociales⁹⁵. El criterio del éxito, la acumulación de la ganancia en una organización selvática por prescripción ubica en una nueva dicotomía, ya no de buenos o malos, sino de *perdedores y ganadores*.

La segunda fórmula de conciliación entre el mérito (merecimientos) e igualdad surge, pues, de la (falsa) creencia en que donde antes había igualdad, ahora hay desigualdad. Se trata de una visión simétrica o formal⁹⁶ que prima lo individual sobre lo social, que acepta y *promueve* la supuesta neutralidad del Estado y a la vez *configura* lo social a partir de lo individual haciendo prevalecer a *outrance* la responsabilidad individual como clave explicativa de la desigualdad. Una visión intermedia o de igualdad de oportunidades seguirá teniendo su punto de partida en el paradigma agonal y evolutivo y en el individualismo propio de esa visión simétrica.

5. CONCLUSIÓN: EL MÉRITO EN EL NUEVO CONTEXTO AGONAL

La perspectiva histórica muestra al mérito como un concepto contingente funcional al grupo identitario dominante. Un artefacto metodológico de reparto subordinado a la identidad que detenta el poder definitorio del patrón por el cual se mide el mérito. Antes del uso explícitamente antiigualitario del mérito (como merecimiento/ *desert*) la justificación de la desigualdad a la que conduce ha debido mostrarse, transmitirse líricamente y enseñarse como justa y legítima.

La discriminación difusa del mérito a partir del olvido de esa primera desigualdad (como asimetría respecto a la base meritória) que supone la misma definición de lo que es el mérito, sirve tanto a la justificación de la desigualdad posterior (en tanto que desigualdad merecida) como estructuralmente al dominio o la exclusión (en tanto que resultado de deméritos grupales⁹⁷). Esto se produce cuando resulta imposible la total depuración del contexto agonal (cuya lógica necesita de la supresión de toda herencia –patrimonial pero también genética y ambiental).

El uso antiigualitario del mérito supone la piedra angular del discurso neoliberal (al que subyace una visión sociodarwinista de la sociedad informadora como paradigma de toda una paideia a la medida del mercado) opuesto a medidas redistributivas de recompensas

⁹⁵ FEINBERG, J., «Justice and personal desert», *op. cit.*, p. 63.

⁹⁶ En terminología de KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Las acciones positivas», *op. cit.* pp. 49-69.

⁹⁷ Sobre la necesidad de reformar el derecho para asegurar a los sectores más desaventajados un «trato justo» y los serios límites de la promesa constitucional de un Parlamento capaz de representar a todos puede verse, GARGARELLA, R., (Comp.) *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999.

privadas (básicamente del dinero, pero quizás más de las posesiones de privilegio que éste establece⁹⁸) así como, en general, opuesto o receloso de la remoción de los obstáculos frente a la igualdad del artículo 9.2 de nuestra Constitución.

La perspectiva genealógica de la noción de mérito/merecimiento y su desarrollo posterior saca a la luz episodios de discriminación explícita de contenidos opuestos a la concreción de la base meritatoria (identidades en desventaja, minorías culturales, pero también en algún momento todo un género tenido excesivas veces por *fragilitas, imbecilias e infirmias*) justificación en el pasado del tratamiento de los llamados «salvajes», estigmatización de grupos (gitanos) como depositarios de contenidos fuera de la redefinición del mérito. A partir del maridaje de la noción de mérito con la identidad dominante, ese uso se traduce en la exclusión tácita de las identidades en desventaja dentro de los parámetros sobre los que se articula el mérito cuando ya la propia institucionalización de la compensación/remuneración del mérito ha socavado las bases sobre las que tal mérito ha sido adquirido.

Suscribo que potenciar las posibilidades del Derecho antidiscriminatorio exige efectuar una crítica profunda de sus presupuestos, así como abrir unos cauces de revisión de los mismos, tanto porque el principio de igualdad en su concepción individualista, indiferenciadora, formal y abstracta conduce al general convencimiento sobre la ampliación de los ámbitos donde es necesario competir (véase el ámbito educativo) como porque las ventajas que presenta el sujeto que pertenece al grupo hegemónico sólo pueden ser relatadas en términos estructurales y, por lo tanto, no individualizadamente. El argumento según el cual es justo y posible «dar a cada cual lo que se merece» (último momento de la larga secuencia histórica vista atrás) inicia a principios de siglo XXI un camino allanado por el éxito de algunos de los discursos englobados en «el uso antiigualitario del mérito». Tales discursos caracterizan la justicia como un concepto *a priori*, formulado independientemente de su contexto histórico o político e integran en ella el concepto del mérito (como merecimiento individual, pero también en sentido estricto –como principio racionalizado de acceso a una función pública–) en los términos fijos y absolutos de su redefinición moderna.

En este sentido, a pesar de las cada vez mayores dificultades de medición real del mérito personal (por ejemplo la valía personal aislada de factores exógenos como la red social) o de medición real del trabajo (como una de sus bases) teniendo en cuenta los azares del mercado en relación con la posibilidad de la compulsión contributiva, el

⁹⁸ No tanto por el conocido diagnóstico habermasiano de la «colonización del mundo de la vida», como de la preocupación de Walzer por el proceso de convertibilidad de esferas mediante el dinero. Walzer en WALZER, M., *Las esferas de la justicia*, op. cit., p. 175 y ss. Habermas en HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalidad social*, Taurus, Madrid, 1987.

subempleo fragmentado⁹⁹, la vinculación del sistema prestacional con el trabajo como base meritocrática está conduciendo a una intensificación de la individualización de las protecciones sociales y a la exclusión de sectores no integrados en la sociedad salarial. La inclusión del «esfuerzo» en el test de reconocimiento de tales derechos (desempleo) y las propuestas de recorte en prestaciones sanitarias (negación a aquellos sujetos que *no merecen* ser tratados por fumadores, obesos, o en definitiva reacios al mérito, en este caso al valor del esfuerzo) en las fechas en las que acabo este trabajo, dejan bien a las claras, bien la pretensión de vincular derechos a la noción de merecimiento, bien la extensión del principio del mérito al ámbito de los derechos. El reconocimiento de esta disposición implica reconocer en ella la doble consideración del mérito de ser un cauce descriptivo y prescriptivo, ya no del orden moral, sino del jurídico. El mérito individual no sólo no debe ser el único criterio de adjudicación (piénsese en el uso de la «etiqueta genética»), sino que debe haber una fuerte resistencia a vincular los derechos con la idea de mérito (en usos ajenos a la llamada por Bobbio «función promocional del Derecho»), una resistencia que recuerde no únicamente su exigibilidad (medidas y propuestas aún no exigibles chocarán con la inercia del principio del mérito¹⁰⁰) sino también que no es propio del Derecho el juicio global sobre la persona que la noción de merecimiento (en su pretensión demiúrgico) conlleva. Los derechos no se merecen¹⁰¹.

En la realidad social a la que el derecho debe atender, el mérito es una noción muy débil como para informar un modelo educativo o para oponerse a la igualdad, al menos a la redistribución social por ella informada, a medidas positivas, impositivas o, dicho sea de paso, a la propuesta de renta básica¹⁰². La homogeneización de los méritos recompensables en el ámbito privado¹⁰³ (dinamismo, flexibilidad,

⁹⁹ ALONSO, L. E., *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Madrid, Trotta, 1999, p. 239. CASTEL, R., *Las metamorfosis de la cuestión social*, Buenos Aires, Paidós, 1997. AAVV., *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del trabajo en Europa*, A. SUPLOT (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

¹⁰⁰ Para un estudio de esta cuestión, ULLRICH, C., «Prospects for popular support of basic income», Antwerp, Basic Income European Network, 2002.

¹⁰¹ Para un estudio actual sobre su exigibilidad *vid.*, ABRAMOVICH, V., COURTIS, Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, prólogo de L. Ferrajoli; *vid.* también ABRAMOVICH, V., AÑÓN, M. J., COURTIS, Ch., (Comp.) *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003.

¹⁰² «(...) cuanto mayor sea la interiorización de una filosofía meritocrática y contributiva por parte de los trabajadores cotizantes, más dificultades encontraremos para la transición hacia una Renta Básica». NOGUERA, J. A., «La Renta Básica y el principio contributivo», *La Renta Básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria, y más fraterna*, RAVENTÓS D., (Coord.) Barcelona, Ariel, 2001. Sobre fórmulas sociales desvinculadas del trabajo, *vid.*, MIRAVET, P., «Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII, 2000, pp. 359-394.

¹⁰³ Creo que sigue siendo válido el conocido análisis de Tawney inscrito en el campo de las reflexiones ético-políticas acerca tanto del orden social, como de los comportamientos guiados por motivaciones adquisitivas, el proyecto de vinculación

movilidad geográfica, etc.) en un proceso (ya lúcidamente observado por la primera Escuela de Frankfurt¹⁰⁴) será, a mi juicio, otro obstáculo para el reconocimiento de los derechos a la diferencia dentro del grupo de los que consideramos como iguales, y *a fortiori*, de los derechos de las minorías (que aún deben ver reconocido ese derecho) y otra piedra en el edificio de su exclusión, extraída del proceso de naturalización de la base de los méritos que corrió paralelo al proceso de ideologización de sus contenidos.

Aquí se ha intentado desvelar al menos el oscurecimiento de los materiales de su constitución y algunos de los juegos de poder que lo han conformado. Resultaría pretencioso intentar su resolución aquí vía una enésima redefinición depuradora del principio de igualdad de oportunidades. Cabe finalizar sólo con una propuesta: incluir en esa tensión que debe ser propia de las relaciones entre democracia y desigualdad, unas garantías de supervivencia en el contexto del *agón*: la primera, una medida que posibilite la existencia al margen de la competición, la segunda, aislar los derechos de los que depende la propia existencia del principio meritocrático. Una vez constatada la fragilidad del uso antiigualitario del mérito, argumentado su carácter débil, y analizado su contenido estructuralmente discriminador, debería ser más fácil que éstas se acepten.

Era éste, finalmente, el principal objeto de este trabajo.

de las remuneraciones y honores con funciones denominadas útiles en TAWNEY, R. H., *La sociedad adquisitiva*, Alianza, Madrid, 1972.

¹⁰⁴ «El favor de que el mercado no pregunte por el nacimiento lo ha pagado el sujeto del intercambio al precio de dejar modelar sus cualidades, adquiridas desde el nacimiento, por la producción de las mercancías que pueden adquirirse en el mercado». HORKHEIMER, M., ADORNO, T., *Dialéctica de la Ilustración*, *op. cit.*, p.68. Creo que las reflexiones de Marcuse resultan hoy también extraordinariamente legibles, *vid.*, MARCUSE, H., *El hombre unidimensional*, Seix barral, Barcelona, 1972.

La teoría de la justicia de Miguel Reale

Por JAVIER GARCÍA MEDINA
Universidad de Valladolid

RESUMEN

La teoría de la justicia de M. Reale se enmarca dentro del culturalismo que preside su pensamiento filosófico-jurídico, estando especialmente vinculada a su teoría del conocimiento y a su teoría de los valores. La proyección de su teoría de la justicia a la realización de los valores de libertad e igualdad, con el fin de articular una sociedad lo más justa posible, se plasma en lo que denomina «social-liberalismo».

Palabras clave: *Culturalismo, Historicismo, Persona, Axiología, Justicia.*

ABSTRACT

Miguel Reale's theory of justice appears within the framework of the culturalism under which his whole legal-philosophical thought developed, with a special link to his theory of knowledge and values. The trend of his theory of justice to carrying out values as freedom and equality in order to organize society as justly as possible takes the form of the so-called «social-liberalism».

Key words: *Culturalism, Historicism, Human, Axiology, Justice.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. TEORÍA DE LA JUSTICIA: 2.1 *El culturalismo de M. Reale.* A) Teoría del conocimiento. B) Teoría de los valores. C) Teoría de la cultura. 2.2 *La teoría de la justicia desde el culturalismo:* A) *Justicia y Derecho.* B) *Justicia y sociedad.* 3. CONSIDERACIONES FINALES.

Dividiremos este trabajo, fundamentalmente, en dos partes: en la primera, se analizará el marco conceptual culturalista desde el que M. Reale¹ procede a construir su teoría de la justicia; y, en la segunda, se estudiará su propuesta para la ordenación justa de la vida social, con el objetivo de poner de relieve la virtualidad de su teoría a la hora de servir de criterio para valorar las instituciones sociales, entre ellas el derecho.

1. INTRODUCCIÓN

La problemática filosófica de la justicia² es simultáneamente, ontológica, gnoseológica y metafísica, lo que equivale a realizar tres interrogantes fundamentales: ¿qué es la justicia?; ¿cómo se puede conocer la justicia?; ¿cuál es su fundamento? La primera pregunta lleva implícitas otras consideraciones como: ¿qué tipo de realidad o ser es la justicia, si es que es o tiene ser?; ¿existe por sí o es una mera creación humana?; ¿es un valor, un principio, una idea o un ideal o es algo diferente?; ¿cabe fijar un criterio de justicia, puede ser la igualdad? La problemática gnoseológica de la justicia obliga a cuestionarse: ¿es la justicia cognoscible y, si lo es, cabe un conocimiento pleno e integral o se trata de un conocimiento incompleto condicionado espacio y temporalmente?; ¿qué tipo de conocimiento nos permite acceder a la justicia, el racional-deductivo o el emocional-intuitivo? La preocupación metafísica sobre la justicia busca determinar si vale por sí o tiene en sí su propio fundamento y si, en caso de no tenerlo, este fundamento puede ser antropológico, social, cósmico, metafísico o divino. La diversidad de respuestas que se han ido dando a todas estas cuestiones alumbran una variedad de teorías sobre la justicia³

¹ Miguel Reale falleció el pasado 14 de abril de 2006.

² CAMPBELL, T., *La justicia*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 46: «Sin embargo toda teoría de la justicia debe desarrollar o utilizar una teoría metaética que indique si podemos saber , y cómo, qué es justo, y una filosofía política normativa que indique cómo, a la luz de dicha teoría metaética, deben resolverse los desacuerdos sobre qué es justo. Las cuestiones de filosofía moral deben ser abordadas por toda teoría de la justicia que intente proporcionar una orientación sobre qué es justo. Las cuestiones de filosofía política deben ser abordadas por toda teoría de la justicia que use la justicia como la medida de la corrección o aceptabilidad de las leyes y del modo en que éstas son aplicadas».

³ La clasificación de las teorías de la justicia varía en función de cada autor, así, y a modo de ejemplo, ATIENZA M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, Cap. 3, «Los valores jurídicos», realiza la clasificación desde la filosofía analítica, destaca la p. 96 en la que recoge la clasificación de Rabossi; una clasificación más simple y genérica es la de MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. A., en *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 218; VAN PARIJS, P., también realiza una clasificación de las teorías de la justicia en *¿Qué es una sociedad justa?*, Barcelona, Ariel, 1993, Cap. 10, p. 195. V.tb. MONCHO PASCUAL, J. R., «Teorías contemporáneas de la justicia» en *CSF*, 28, 2001, p. 387.

que de manera genérica y atendiendo a un punto de vista tipológico y no de sucesión cronológica o histórica, permiten distinguir entre las que afirman la realidad de la justicia como valor, principio, idea o ideal y aquellas otras que la entienden como mera convención o creación humana. La reflexión sobre la justicia en el pensamiento contemporáneo podría agruparse en cinco grandes corrientes: emotivistas, formalistas, teleológicas, deontológicas e historicistas⁴. Dado que la preocupación sobre la justicia tiene como referencia las instituciones políticas y sociales que articulan la sociedad⁵, cabe aludir también a esta cuestión adoptando una perspectiva liberal, republicana o comunitarista⁶.

Anticipar que Reale consideraría a la justicia como un valor, su reflexión sobre la justicia encajaría en las doctrinas historicistas y se trata, según veremos, de una comprensión liberal de las estructuras políticas y sociales. Reale, conocido por su Teoría Tridimensional del Derecho⁷, y que continuó perfilando hasta desembocar en lo que denominó, más tarde, «visión integral del derecho»⁸, posee una extensa obra sobre Filosofía del Derecho, Filosofía, Política, Teoría del Estado, Derecho positivo, e incluso obras literarias y colaboraciones de diversa temática⁹. Su intervención institucional más destacada en los últimos tiempos fue su participación en la elaboración del nuevo Código Civil brasileño de 2002. Sensible a las circunstancias sociales brasileñas nos ofrece una teoría de la justicia que ha de ser enmarcada y entendida dentro y a partir de la doctrina histórico-culturalista que preside todo su pensamiento. Desde esa perspectiva, considera que cada época histórica posee su propia experiencia sobre la justicia, su propio modo de adecuar en la práctica tal experiencia. Corresponde ahora encuadrar su teoría de la justicia dentro de los parámetros de su propio pensamiento.

⁴ *Emotivistas* (Ross, o en cierto sentido Kelsen); *formalistas* (Del Vecchio, Perelman); *teleológicas* (Tammelo, Brunner o Sergio Cotta); *deontológicas*, (Rawls, Habermas o Paul Ricoeur); *historicistas* (Reale, versión culturalista).

⁵ AAVV., *Teoría política: poder, moral, democracia*, Madrid, Alianza, 2003, Cap. 6 «Teorías de la justicia» (por Ricard Zapata-Barrero), p. 138.

⁶ GARGARELLA, R., *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999.

⁷ Muchos autores asumen esta teoría para ayudar a los alumnos a realizar el primer acercamiento al derecho, por ejemplo, AAVV., *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 7.

⁸ Denominación que utilizó en el prólogo de mi libro *Teoría Integral del Derecho*, Valladolid, Grapheus, 1995 y con la que subtitula la edición que de la *Teoría Tridimensional del Derecho* realizó la editorial Tecnos en 1997.

⁹ En el mes anterior a su fallecimiento había publicado en el diario *O Estado de São Paulo* dos artículos, uno sobre educación («Variações sobre educação») y otro sobre el papel de los medios de comunicación en la democracia («Variaciones sobre democracia e mídias»).

2. TEORÍA DE LA JUSTICIA

2.1 El culturalismo de M. Reale

Los conceptos y presupuestos de su filosofía de la cultura¹⁰ los desarrolla en obras como: *Filosofía do Direito, Verdade e conjetura, O homen e seus horizontes, Teoria tridimensional do direito, O Direito como experiência* y, sobre todo, *Experiência e cultura*. A efectos de una comprensión adecuada de su teoría sobre la justicia aludiremos,

¹⁰ En Brasil, del mismo modo que en Alemania, el neokantismo tuvo como principal objetivo combatir el positivismo y fundamentar el pensamiento filosófico nacional. Siendo Tobías Barreto su introductor y Miguel Reale y Djacir Menezes sus reconstructores. El neokantismo brasileño tiene sus raíces en Hermann Cohen, Ernst Cassirer, Leon Brunschvicg, Emil Lask y Gustav Radbruch. Son figuras destacadas de la vertiente epistemológica (Escuela de Marburgo) y culturalista (Escuela de Baden), las cuales, recorriendo caminos diversos, persiguen el mismo objetivo. Partiendo del legado de Tobías Barreto y tras el examen del pensamiento de Cohen, ha de destacarse la importancia del neokantismo francés en la formación del neokantismo brasileño en su versión epistemológica (Marburgo), y de la Escuela de Baden en la formación del neokantismo culturalista, estableciendo la diferencia entre el culturalismo de Cassirer y el culturalismo fundamental de Lask y Radbruch que llevó al pensamiento brasileño a transitar del neokantismo al culturalismo. Fue mérito de la Escuela de Baden –a la que pertenecen Lask y Radbruch– haber percibido que, a pesar del corte realizado por Kant entre ser y deber ser, había en el neokantismo un elemento clave para la comprensión del mundo histórico: el concepto de valor. Tal consideración fundamental fecundó en la doctrina de Windelband y Rickert, y encontró desarrollo posterior en las contribuciones de Dilthey, Weber, Simmel o Spranger, hasta constituirse la Filosofía de la cultura, con horizontes mucho más amplios que los previstos en el neokantismo de la llamada filosofía de los valores. A pesar de su deficiencia, representó un gran paso la idea de los neokantianos de interponer, entre realidad y valor, un elemento de conexión: la cultura, significando el complejo de las realidades valiosas, o como aclara Radbruch, referidas a valores. Esto equivale a decir que todo bien de cultura (y el derecho es uno de ellos) es tridimensional en razón de su simple enunciado, una vez que presupone siempre un soporte natural o real, y, en el caso de Reale, también ideal, soporte que adquiere significado y forma propios en virtud del valor a que se refiere. Fue en torno a esa problemática donde se desenvuelven las diversas especies de culturalismo jurídico, para determinar, por ejemplo, cómo se correlacionan tales elementos (a través de *mónadas* de valor, dirá Sauer; mediante «categorías constitutivas», sugerirá Lask) o, para negar la posibilidad de cualquier correlación entre ellos (Radbruch, en la primera fase de su pensamiento, los consideraba gnoseológicamente antinómicos e irreconciliables, admitiendo sólo una composición relativa en el momento de la praxis) o, aún, para determinar la «función» desempeñada por cada uno de los referidos elementos en el contexto ontognoseológico de cada momento de la experiencia jurídica (vinculación realizada a través de la dialéctica de complementariedad o de implicación-polaridad en el caso de M. Reale). LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 113 ss. MALINOWSKI, B., *Una teoría científica de la cultura*, Madrid, Sarpe, 1984, señala que la cultura es un conjunto funcional donde las instituciones figuran como unidades dinámicas dentro de la propia cultura y del estudio de las sociedades primitivas como entidades, lo que representa una visión relativista y pluralista de la cultura. Pero se ha de destacar la confrontación naturaleza-cultura, que se salda a favor de una u otra en función de la posición doctrinal que se adopte. Ferraz, T., *A filosofia do direito no Brasil*, en *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, 2000, v.45, n.197, pp. 12 ss.

única y brevemente, a su teoría del conocimiento, a su teoría de los valores y, como corolario, a su teoría de la cultura.

A) TEORÍA DEL CONOCIMIENTO

Toda teoría del conocimiento supone un estudio básico y previo de las condiciones transcendentales, subjetivas y objetivas, del acto de conocer, pero, a efectos de entender la teoría del conocimiento de Reale debemos agrupar las teorías del conocimiento en dos posturas principales: aquéllas que parten de «un análisis previo del fenómeno mismo del conocimiento» para fundamentar el conocimiento, es el caso de Husserl y Hartmann¹¹, aquéllas otras que niegan este análisis previo, por entenderlo carente de sentido, propio de las corrientes positivistas, más en concreto, neopositivistas.

La gnoseología de Reale se orienta hacia las primeras, pues el análisis del fundamento del conocimiento mismo es no sólo posible sino, además, necesario para «intentar encontrar un presupuesto que sea en sí suficiente para comprender cómo se procesa el acto cognoscitivo y cuáles son las condiciones que posibilitan su rigor o exactitud»¹². Lo expuesto lleva a plantear una pregunta primaria: ¿qué es conocer? La respuesta que Reale nos dé nos permitirá disipar cuál es su comprensión última del conocimiento y de la propia realidad. Si partimos de la afirmación de que «todo acto de conocimiento es un fenómeno» que surge ante cualquier investigación que se efectúe sobre sí mismo, entonces «el análisis fenomenológico del acto de conocer, admirablemente llevado por Husserl y Hartmann, no sólo nos revela el carácter intencional de la conciencia y, por consiguiente, la correlación funcional sujeto-objeto, como condición de todo conocimiento, sino también, a mi modo de ver, la dialecticidad que le es inherente»¹³.

Para Reale, en primer lugar, conocer significa conocer «algo», lo que revela la existencia de un polo de carácter subjetivo y otro de carácter objetivo; en segundo lugar, la conciencia subjetiva se define como *intencional*, tiende siempre hacia «algo» más allá de sí; y, por último, para poder conocer ha de haber correlación entre ambos elementos, a través de la denominada *dialéctica de complementariedad*. En ese sentido se entiende que denomine ontognoseológica a su teoría del conocimiento ya que pretende superar la gnoseología sin olvidarse de la ontología, pues para él ambas perspectivas son necesarias y complementarias. Tan importantes son las condiciones subjetivas del conocimiento como las objetivas. Por eso diferencia, como puntos de vista desde los que puede contemplarse el conocimiento humano: el *plano transcendental* que

¹¹ REALE, M., *Experiência e Cultura*, São Paulo, Grijalbo, 1977, p. 43. HARTMANN, N., *Metafísica del conocimiento*, Buenos Aires, Ed. Suramericano, 1957, Introducción, p. 15, v.tb. *Ontología*, México, FCE, 1954, trad. José Gaos y *La nueva ontología*, Buenos Aires, Editorial Suramericano, 1954, trad. Emiliu Estiu.

¹² REALE, M., *Experiência e Cultura*, cit., p. 44.

¹³ *Idem*.

«aborda las condiciones primordiales del conocimiento, de toda forma de saber posible, bien científico o bien filosófico. Esto es, las estructuras a priori que posibilitan el hecho o fenómeno del conocer»¹⁴, preceden a la experiencia pero no están al margen de ella, y son transcendentales al ser universales, aplicables a cualquier conocimiento posible; el *plano empírico-positivo*, que busca las estructuras del pensamiento, y su propia validez, considerando las exigencias de lo empírico-positivo¹⁵.

En definitiva, la ontognoseología se centra en la correlación entre pensamiento y realidad, entre sujeto cognoscente y aquéllo que se va a conocer, «que debe poseer necesariamente cierta determinación o consistencia embrionaria, cierta estructura objetiva virtual, sin la cual sería lógicamente imposible tal captación». En consecuencia, la misma conciencia posee dos tipos de condiciones transcendentales: condiciones de adaptación a «algo», o condiciones objetivas, y condiciones de referibilidad hacia algo, o condiciones subjetivas¹⁶. Por otro lado, frente a las doce categorías kantianas del entendimiento que definen los diversos juicios que el sujeto puede elaborar cuando se enfrenta a un saber teórico, como la física o la matemática, modelos considerados por Kant al ser la física newtoniana su referente; Reale, por su parte, señala que el conocimiento no se reduce a lo teórico ya que puede tener intención práctica, estética, axiológica, etc. Así, las condiciones transcendentales del conocimiento pueden serlo también de carácter axiológico-valorativo propias de un modelo más amplio de conocimiento¹⁷. Para poder abordar tal estudio, Reale señala que la ontognoseología ha de desdoblarse «en dos órdenes distintos de investigación: uno indaga las condiciones transcendentales del conocimiento pertinentes al sujeto que conoce (*Gnoseología*); otro indaga las condiciones de cognoscibilidad de algo, o con otras palabras, las condiciones según las cuales «algo» puede tornarse objeto de conocimiento (*Ontología*)»¹⁸. Momentos presididos por la correlación dinámica que supone la dialéctica de complementariedad. En cualquier caso, nos ocupamos del pensamiento en sus conexiones originarias con lo real, pero cuando «investigamos las condiciones del conocimiento en los dominios de cada ciencia particular, es preferible denominar a este estudio Epistemología, que significa doctrina o ciencia de la ciencia»¹⁹. El pensa-

¹⁴ REALE, M., *Filosofia do Direito*, São Paulo, Saraiva, 12ª ed., 1987, p. 27.

¹⁵ Sería la Lógica positiva o pura Lógica, distinta de la Lógica ontognoseológica o transcendental. El término «lógica» en Reale, como se aprecia, tiene un horizonte más amplio con el fin de desmarcarse de la teoría del conocimiento de carácter lógico-subjetivista de orientación kantiana, centrada en la investigación de las categorías lógico-transcendentales del sujeto de conocimiento.

¹⁶ REALE, M., *Experiência e Cultura*, cit., p. 49.

¹⁷ REALE, M., *Experiência e Cultura*, cit., p. 29. KANT, I., en especial libro I, §2, *Crítica de la Razón Pura*.

¹⁸ REALE, M., *Experiência e Cultura*, cit., p. 79. Por «ontología» Reale entiende la «teoría de los entes contemplados como objetos de conocimiento», ver *Filosofia do Direito*, cit., p. 32.

¹⁹ REALE, M., *Filosofia do Direito*, cit., pp. 30-31.

miento se haya doblemente condicionado, por un lado, por presupuestos universales comunes a todas las órbitas de lo real y, por otro lado, por presupuestos transcendentales del conocimiento con referencia a cada rama particular del saber positivo. Dado que la Epistemología se orienta a diferentes regiones ópticas las condiciones transcendentales fijadas por la ontognoseología se adecuarán y concretarán en función de los diversos niveles de objetividad (objetos ideales: lógicos y matemáticos; objetos naturales (psíquicos y naturales); los valores, (participes de los objetos culturales)²⁰.

Restaría por ocuparse de aquellas condiciones que surgen cuando se investigan los diferentes niveles de la realidad, esto es, las condiciones empírico-positivas del conocimiento humano, que al no ser a priori no son transcendentales, y varían en función del ámbito de la realidad que se investigue, pero ello nos desviaría demasiado de los objetivos del presente trabajo.

En resumen, considera M. Reale que la antigua discusión realismo-idealismo queda superada por su propuesta, en la cual la actividad del sujeto, presidida por la intencionalidad de la conciencia, se presenta como condición transcendental-subjetiva del conocimiento; al tiempo, esta misma pone al descubierto que no nos puede mostrar ni desarrollar nada si no es en contacto con el ser al que se destina la actividad. Desde esa óptica se efectuará la comprensión de la realidad humana, o las «diferentes esferas de la objetividad».

Lo característico de la teoría del conocimiento de M. Reale es que, si bien, parte simultáneamente de las aportaciones de Kant²¹ y Husserl²², entiende que tales reflexiones han de colocarse siempre en un «contexto cultural». El acto de conocer se enmarca en la circunstancia estructural del sujeto que conoce –en la línea del «yo soy yo y mi circunstancia» orteguiano– pero sin olvidar que el «paradigma cultural», dada su universalidad, se coloca también como un valor transcenden-

²⁰ Esta posición de la teoría del conocimiento de Reale, tiene importantes consecuencias para la relación entre Filosofía y Ciencia, pues la Ciencia no puede prescindir de los presupuestos ofrecidos por la ontognoseología aún cuando opere con los presupuestos propios de su ámbito de conocimiento. En definitiva, para Reale no cabe una separación tajante entre Filosofía y Ciencia. V.REALE, M., «Teoria do Conhecimento e Teoria da Cultura» en *Meio Século de Filosofia*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, Vol.II, pp. 601 ss.

²¹ KANT, I., *Crítica de la Razón Pura*, prólogo, trad. e índice de Pedro Ribas, Madrid, Alfaguara, 1978, p. 58 y pp. 335-338.

²² Si bien Kant investigó las formas y categorías del conocimiento en función del sujeto transcendental, Husserl, por su parte, se preocupó del objeto hacia el que ha de dirigirse necesariamente la conciencia intencional, según el enunciado de que conocer es siempre conocer algo, así como desear supone desear algo. Ante la cuestión de las posibilidades del conocimiento, esto es, la capacidad cognoscitiva de la mente como tal, Kant la subordina a las formas *a priori* de la sensibilidad (espacio y tiempo) y a las categorías *a priori* del intelecto; dando Husserl un último paso a través del concepto de conciencia intencional de las propias cosas. HUSSERL, E., *La Filosofía como ciencia estricta*, Buenos Aires, Ed. Nova, 1969, p. 66 y pp. 108-109, v. tb. *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, México, FCE, 1962, p. 146.

tal en el acto de conocer, que añade algo nuevo a los elementos que se estudian. El acto del conocer es una relación entre ser cognoscente y realidad cognoscible, pero en un contexto cultural. Reale introduce un *a priori cultural* en el conocimiento con el fin de darle mayor concreción y proceder a una socialización del acto cognoscitivo. Reducir el problema gnoseológico a las condiciones del sujeto cognoscente en su abstracta universalidad, supone no tener en cuenta que dicho sujeto es un ser esencialmente histórico-cultural en el pensamiento de Reale. Así el *a priori cultural* se resuelve en una condición *a priori intersubjetiva*, y, por tanto, cultural, en la gnoseología, permitiendo a ésta un mayor grado de concreción. La condición transcendental de la cultura estará en la base del acto de conocer mismo. En ese sentido, el proceso gnoseológico adquiere, *ab initio*, una perspectiva intersubjetiva y activa, lo que revela a la sociabilidad y a la historicidad como características esenciales del ser humano. Si se considera la intencionalidad de la conciencia como característica esencial, entonces la intervención del sujeto en el acto de conocer adquiere nuevo sentido.

La idea de intencionalidad, cultivada de Brentano a Husserl, permite superar el vacío de la conciencia, característica de una comprensión de un sujeto cognoscente abstracto, y ponerla en relación con un sujeto concreto, que vive y es esencialmente histórico. En definitiva, para Reale, sólo se puede hablar de «posibilidad de conocimiento» en cuanto problema integrado en un proceso histórico-cultural, porque la entidad histórico-cultural del sujeto abre intencionalmente la inteligibilidad de los objetos del conocimiento y es condición de sus posibilidades en el orden temporal.

Ahora bien, dice Reale, la complejidad de la realidad humana, en general, y de la conducta del hombre, en particular, sólo se puede explicar como una experiencia *valorativa*, pues el hombre actúa buscando la consecución de algún valor, cuya determinación y contenido se modifica a lo largo de la historia. Así la axiología o teoría de los valores, en la obra de nuestro autor, se manifiesta como plataforma desde la cual buscar explicación a la actividad humana y al mundo que va objetivando, ya que la realidad humana tiene carácter histórico-cultural y, por tanto, axiológico²³. Para él «la Filosofía es axiología»²⁴. La reflexión humana sobre lo real, natural o cultural, supone siempre la vinculación con valores.

B) TEORÍA DE LOS VALORES

Corresponde ahora determinar cuál es la teoría que sobre los valores mantiene M. Reale²⁵. La axiología debe ser contemplada desde la ontognoseología, pues la cuestión es qué realidades y objetos son cog-

²³ REALE, M., *Filosofia do Direito*, cit., p. 171.

²⁴ REALE, M., *Filosofia do Direito*, cit., p. 37.

²⁵ No podemos desplegar aquí todas las posturas en torno a la Axiología (subjetivismo, sociologismo, ontologismo axiológico) únicamente destacar que el hecho de

noscibles y qué relación mantienen los valores con todo ello. El objeto de conocimiento, «en ontología, es todo aquello que es sujeto de un juicio lógico, o, a lo que el sujeto de un juicio se refiere»²⁶, todo aquello hacia lo que se dirige la actividad cognoscitiva, por lo que se puede pensar en diferentes tipos de objetos, en función de la forma de conocerlos. En resumen, los objetos pueden ser: por un lado, naturales, dentro de los cuales se distinguen los físicos y los psíquicos; y, por otro lado, los objetos ideales. La pregunta es ¿en cuáles de esas clases se integran los valores? En general, se ha entendido que en el marco de los objetos ideales (ontologismo axiológico), pero Reale afirma la existencia de una tercera forma de lo real, en sentido genérico, dado que lo real no se reduce al mundo natural o a los entes de razón, sino que se amplía hacia el ámbito de los valores. Dicho de otro modo, o bien se entienden los valores como cualidades que el sujeto atribuye a los objetos a partir de la diversidad de sensaciones de aceptación o rechazo que nos producen (subjetivismo axiológico), o bien se les considera cualidades ideales que se manifiestan en la realidad pero que son independientes de ella (objetivismo axiológico).

Los valores²⁷ coinciden con los objetos ideales en que su ser no se subordina al espacio y al tiempo, pero mientras «los objetos ideales valen, independientemente de lo que ocurre en el espacio y en el tiempo, los valores sólo se conciben en función de algo existente, o sea, de las cosas valiosas». Además, los valores no son susceptibles de medida o cuantificación, no son mensurables. Los valores no hacen referencia al ámbito del ser sino al del deber ser, a diferencia de los objetos tanto naturales como ideales, por ello no se les puede considerar una categoría de objetos aunque puedan ostentar cierta objetividad que se manifiesta en los «objetos culturales», objetos derivados y complejos, que representan una forma de integración de ser y deber ser²⁸. En la medida en que la realidad humana se observa desde la

hablar de Axiología ya coloca a Reale en una posición enfrentada al positivismo, y anticipar que Reale mantiene una teoría histórico-cultural de los valores.

²⁶ REALE, M., *Filosofia do Direito*, cit., p. 177.

²⁷ REALE, M., *Filosofia do Direito*, cit., p. 191: las características que distinguen a los valores son: bipolaridad (a cualquier valor se contraponen siempre un desvalor); implicación (ninguno de ellos se realiza sin influir directa o indirectamente, en la realización de los demás); referibilidad (el valor implica siempre una toma de posición del hombre ante algo y para alguien); preferibilidad y graduación jerárquica (los valores implican una preferencia estimativa, de ahí que la teoría sobre el valor implique una teoría de los fines); incommensurabilidad (no son cuantificables); objetividad (si bien relativa, orientada al plano del deber ser, manifestada en los objetos culturales); historicidad (los valores no son entes absolutos, ideales e independientes del proceso histórico-cultural, son históricos en el sentido de ser el resultado de las diversas comprensiones estimativo-axiológicas del hombre sobre la naturaleza); inagotabilidad (el valor no se reduce a lo real, ni puede coincidir entera o definitivamente con él, el valor que se realizase íntegramente se convertiría en «algo dado», perdería su esencia que es la de superar siempre la realidad gracias a la cual se revela y en la cual jamás se agota).

²⁸ REALE, M., *Filosofia do Direito*, cit., pp. 187-188.

perspectiva del ser y del deber ser, surgen dos tipos de juicios sobre la realidad: 1.–juicios sobre el ser, o sobre la realidad, ya que enuncian algo sobre lo que el ser es; 2.–juicios de valor, presentan lo real como debería ser desde la óptica de cierto valor²⁹.

La conciencia intencional, plataforma para el acceso a la realidad, puede orientarse a la captación del ser de las cosas (surge la objetividad del ser en cuanto objeto de conocimiento) o hacia la valoración o comprensión de aquéllo que se conoce (produciéndose la objetivación de los valores, como realidades autónomas pero integrantes de los objetos culturales). Los objetos culturales son realidades cuyo ser se entiende únicamente desde la óptica de los valores, sin que haya identificación entre unos y otros. En definitiva, no podemos esperar de Reale una definición lógico-formal de valor, en todo caso afirma que «valor es lo que vale», el «ser» de los valores es «valer»³⁰. Aunque los valores pueden tener cierta objetividad, ésta siempre está en relación a los objetos culturales.

En resumen, M. Reale articula su axiología a partir de la autonomía de los valores ya que poseen sus particulares condiciones de cognoscibilidad, al actualizarse y objetivarse en los objetos culturales. Éstos se componen de *soporte* y *significado*, y aquél, a su vez, puede ser tanto un objeto ideal como un objeto natural, físico o psíquico³¹. Los objetos culturales son actualizaciones de los valores que permiten constituir el mundo de la cultura o de las realidades humanas objetivadas por el hombre. Por tanto, una adecuada comprensión de los valores pasa por atender a la realidad histórico-cultural humana o su teoría de la cultura.

C) TEORÍA DE LA CULTURA

M. Reale puede ser adscrito a la corriente culturalista o, si se quiere, a las denominadas doctrinas histórico-culturales, que tienen diversa inspiración (desde la Escuela de Baden hasta las de referencia hegeliana, diltheyana, heideggeriana o marxista), si bien Reale establecerá sus propios parámetros. En lo que pueden coincidir es en considerar que «la universalidad de los valores no puede buscarse más que a través de la historia, sin hacer abstracción de ella»³². No hay posibilidad de conocer y comprender el valor fuera del marco de la historia, entendida como realización de valores y proyección del espíritu sobre la naturaleza, creando e instaurando un mundo nuevo, el mundo de la cultura. Mundo de la cultura que no supone negar el

²⁹ REALE, M., *Verdade e conjetura*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1983, p. 95. (Hay otra edición de esta obra: Lisboa, Guimaraes Editores, 1996). Ya Kant en la *Crítica de la Razón Pura* se ocupó de los planos del ser y del deber ser, siendo su aportación muy relevante para entender a Reale, quien rechaza su rígido formalismo.

³⁰ REALE, M., *Filosofia do Direito*, cit., p. 187.

³¹ REALE, M., *Verdade e conjetura*, cit., p. 99.

³² REALE, M., *Filosofia do Direito*, cit., p. 205.

mundo de la naturaleza³³, pues no pueden entenderse el uno sin el otro³⁴. De ese modo, si los valores mantienen una estrecha relación con la historia y los ciclos culturales, entonces el problema que tiene que resolver Reale, y cualquier doctrina culturalista, es el relativismo de tales valores, entre ellos el de la justicia, pues difícilmente puede defender una obligatoriedad basada en su universalidad. La solución de nuestro autor se plasma en lo que ha venido a denominar «historicismo axiológico»³⁵.

La realidad humana de naturaleza histórico-cultural se explica y fundamenta en términos axiológicos, si consideramos una triple perspectiva de la axiología: su carácter óntico, pues «el valor constituye el ser de ciertos objetos; su sentido gnoseológico, «hay seres cuyo conocimiento sólo es posible a través del valor»; su teleología, «los valores se proyectan en el plano de la acción y de la praxis, implicando una relación de medios y fines»³⁶. Lo expuesto nos permite distinguir dos ideas básicas en el denominado «historicismo axiológico»: 1.–la estrecha relación existente entre axiología, historia y cultura, siendo ésta «la realidad humana objetivada por el espíritu a lo largo de la historia», de ahí que la cultura sólo sea comprensible: en primer lugar, si se relaciona con la historia, pues en su devenir la realidad humana se proyecta y actualiza; y, en segundo lugar, si se vincula con la axiología, ya que toda realidad humana puede entenderse como cultural, dado que se va construyendo a través de las diferentes opciones que los hombres van realizando; 2.–la implicación axiología e historia, pues «una axiología ahistórica o metahistórica para mí no tiene sentido». En consecuencia, el «historicismo axiológico» vendría a ser una «comprensión plural del proceso histórico, según distintos conjuntos de valoraciones»³⁷.

³³ MALINOWSKI, B., *Una teoría científica de la cultura*, Madrid, Sarpe, 1984, señala que la cultura es un conjunto funcional donde las instituciones figuran como unidades dinámicas dentro de la propia cultura y del estudio de las sociedades primitivas como entidades, lo que representa una visión relativista y pluralista de la cultura. Pero se ha de destacar la confrontación naturaleza-cultura, que se salda a favor de una u otra en función de la posición doctrinal que se adopte.

³⁴ REALE, M., *Experiência e Cultura*, cit., pp. 165 y 166: «en la dialéctica de complementariedad existe una correlación permanente y progresiva entre dos o más factores, los cuales no se pueden comprender separados uno del otro, siendo al mismo tiempo cada uno de ellos irreductible al otro, de tal modo que los elementos de la relación sólo logran plenitud de significado en la unidad concreta de la relación que constituyen, en cuanto se correlacionan y de aquella unidad participan». Se diferencia, así, de la dialéctica hegeliana en la que los factores diversos quedan superados por la síntesis. REALE, M., *Direito Natural/Direito Positivo*, São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 13 ss.

³⁵ Término acuñado por Luigi Bagolini respecto a la posición de Reale, y aceptado por éste. REALE, M., *Experiência e Cultura*, cit., p. 227: «El historicismo absoluto, en cualquiera de sus formas, es, en verdad, una contradicción en los términos, pues lo absoluto es a-histórico».

³⁶ REALE, M., *Verdade e conjetura*, cit., p. 99.

³⁷ REALE, M., *Teoría Tridimensional do Direito. Teoría da Justiça. Fontes e Modelos do Direito*. Lisboa, Estudos Gerais, Série Universitaria, Imprensa Nacional-Casa da Moeda. 2003. (En adelante lo citaremos como *TTD, TJ, FMD*), pp. 89 ss. Tt.

Ahora bien, si los valores son algo que el hombre realiza a través de su experiencia y asumen expresiones diversas a lo largo del tiempo, entonces cómo explica Reale su consideración de una «objetividad relativa» de los valores. Son objetivos, a su juicio, porque no llegan a agotar sus posibilidades de realización, y la relatividad se explica a partir de la idea de que los valores «no existen en sí y por sí, sino en relación a los hombres, es decir, con referencia a un sujeto». Este sujeto no es un individuo concreto o empírico, sino el hombre como sujeto universal de valoración, como humanidad en general³⁸. Por tanto, no se alude con tal objetividad a las vivencias de un determinado individuo, sino a la comprensión de la realidad que han llevado a cabo las diferentes civilizaciones en cada momento histórico por medio de sus «constelaciones axiológicas».

Estas «constelaciones axiológicas» son el resultado de la «selección de opciones» propia de cada momento histórico, si bien no toda valoración subjetiva u opción empírico-concreta pasa a integrar tales constelaciones³⁹. Entendiendo Reale por «selección axiológica», «el fenómeno irrecusable de que en la memoria histórica, por así decir, no permanecen o se graban todas las opciones hechas, ni el flujo de las infinitas preferencias y situaciones cotidianas o de rutina», sino únicamente aquello que «por motivos múltiples y muchas veces fortuitos o insondables, posee relevancia de significación»⁴⁰. Pero persiste la cuestión de cómo se seleccionan las «estructuras axiológicas relevantes». Reale propone frente a una arbitrariedad de selección, a veces imposible de eludir, una «dialéctica de selección histórica, donde sobreviven las inclinaciones dominantes» en un proceso constante de tensión histórico-axiológico.

Cualquier fin que el hombre se proponga no es más que un valor en su función deontológica, pues a partir de ese momento adquiere objetividad, ya que se coloca más allá de la propia elección concreta y previa a la conducta⁴¹. Es esa cierta objetividad la que permite su captación ontognoseológica racional⁴², aunque incompleta. Será racional porque en el proceso de conocimiento hay siempre datos estimativos, que aparecen al considerar la realidad histórico-cultural, que se captan de manera inicialmente de modo intuitivo y con los cuales se realizan diversas interconexiones que permiten «elevarnos al plano de la ordenación racional, verificándose, así, el signifi-

Capítulos 4 y 5 de *O Direito como Experiência*, Saraiva, São Paulo, 1992. Ver también *Experiência e cultura*, cit., capítulo 8.

³⁸ REALE, M., *Filosofia do Direito*, cit., pp. 208-209.

³⁹ REALE, M., *Experiência e cultura*, cit., p. 223-224.

⁴⁰ REALE, M., *Experiência e cultura*, cit., p. 215.

⁴¹ REALE, M., *Pluralismo e liberdade*, São Paulo, Saraiva, 1963, p. 87.

⁴² Esta propuesta de conocimiento de los valores le diferencia, por un lado, de la interpretación hermenéutica de Gadamer, pues si el proceso cultural se reduce al interpretativo, entonces nos ofrece una visión parcial de la historia; por otro lado, del ontologismo axiológico de M.Scheler, quien considera que la aprehensión de los valores sea posible a través de la sola intuición emocional.

cado y alcance de cada valor en sí mismo y en el sistema general de las estimativas, cuya estructura y sentido nos permite distinguir los diversos ciclos histórico-culturales»⁴³. Pero al partir de una intuición emocional cuando se busca entender el conjunto de la vida, la constatación histórico-cultural de los valores ha de ser relativa, esto es, no se puede pretender el rigor, exactitud y precisión de las ciencias físico-matemáticas, sino, más bien una tarea de «comprensión» propia de las ciencias humanas o espirituales⁴⁴. El conocimiento incompleto de los valores deriva de su nota de «inagotabilidad», esto es, constituyen una realidad que no está finalizada y que permite sucesivas y nuevas interpretaciones. En definitiva, cabe una aprehensión racional de los valores pero en el marco limitado establecido. La comprensión de la historia en términos axiológicos, o de la axiología en términos históricos es lo que permite hablar en Reale de «historicismo axiológico»⁴⁵.

Sin embargo, esta explicación no elude totalmente una posible deriva hacia un relativismo axiológico que Reale trata de evitar constantemente. Una posible respuesta surge al definir la cultura como «el caudal de bienes objetivados por el espíritu humano, en la realización de sus fines específicos»⁴⁶. Es en atención a esos «fines específicos» que la realidad humana: primero, no puede coincidir totalmente con la realidad natural o transcendente; segundo, es cultural y axiológica al establecer los valores como pauta de actuación del hombre; y, tercero, la realidad humana puede recibir diversas concepciones en el proceso histórico ya que lo fines-valores se pueden entender de diverso modo⁴⁷. Caben diferentes ordenaciones de los valores, diversas tablas de valores. Por tanto, para Reale, hay múltiples concepciones de los valores a lo largo de la historia que, a su vez, se encuentran interrelacionadas. De lo que extrae como conclusión que hay «algo» latente en todos esos ciclos culturales y constelaciones axiológicas, que opera como valor positivo fundamental: «la capacidad del espíritu para manifestarse de infinitos modos y para reaccionar fecundamente ante el imprevisible y sorprendente juego de las circunstancias, componiendo en una síntesis creadora y vital el disperso y fragmentado mundo de las experiencias particulares»⁴⁸.

Para Reale, por tanto, no sólo es posible establecer una jerarquía entre los valores sino también entre las diferentes «constelaciones

⁴³ REALE, M., *Pluralismo e liberdade*, cit., p. 88.

⁴⁴ REALE, M., *Experiência e cultura*, cit., pp. 181-186.

⁴⁵ Término con el que Reale se distancia del «historicismo absoluto», propio de las posiciones de Hegel o Marx, incluso del historicismo idealista de Gentile, por considerar que en ellos la libertad creadora y renovadora del espíritu humano queda anulada, pues según él «donde no hay alternativa no hay historia».

⁴⁶ REALE, M., *Filosofia do Direito*, cit., p. 217.

⁴⁷ Llama la atención una posible contradicción, pues alude a «fines específicos» al parecer propios de un «yo-ideal» previo y definido, y, por otro lado, habla de una realidad humana abierta al proceso histórico, y ajena a esta condicionante fija.

⁴⁸ REALE, M., *Filosofia do Direito*, cit., p. 223.

axiológicas». Se suscita, entonces, la pregunta de cuál es el criterio con el que llevar a cabo tal ordenación. En Reale el valor de referencia es el *valor de la persona humana*, que actúa como fundamento⁴⁹ de todos los demás y permite realizar en torno a él la ordenación jerárquica requerida⁵⁰. La clasificación de los valores que propone Reale parte de la consideración del «objetivo o la dirección» que se busca con cada experiencia estimativa, procurando englobar los diferentes motivos que mueven a la humanidad en su actuación. Pero tal ordenación o clasificación sólo es posible si se diferencia entre valores subordinantes⁵¹ y subordinados. Entre los subordinantes Reale sitúa valores como: lo verdadero, lo bello, lo útil, lo santo y el valor del bien. Alrededor de estos valores básicos se ordenan los valores subordinados, que varían en función del ámbito de la realidad en que nos situamos. En cada ciclo cultural habrá una ordenación u otra en torno a esos valores fundamentales y es ese conjunto ordenado de valores, determinantes de la acción individual y colectiva de cada momento, a lo que Reale denomina «constelaciones axiológicas». Girando, a su vez, todas ellas «en torno al valor primordial o fundamental de la persona humana, en razón de la cual y por la cual, todos los valores valen»⁵². Reale da un paso más en la superación del relativismo que podría implicar la comprensión histórico-cultural de los valores y afirma que «determinados valores, una vez elevados a la conciencia colectiva, se tornan semejantes a entidades ontológicas, adquiriendo carácter permanente y definitivo»⁵³. Es decir, hay una serie de valores que una vez reconocidos colectiva y racionalmente, alcanzan sentido fijo y universal, pasando a dirigir a la humanidad como autoconciencia del espíritu, son lo que Reale llama «*invariantes axiológicas*»⁵⁴. Entre esos valores incluye: la persona humana⁵⁵, el derecho a la vida, la intangibilidad de la subjetividad, la igualdad ante la ley, la libertad

⁴⁹ Señalemos que Reale no entiende la vida como valor fundamental (frente a Nietzsche que habla del valor de la vida, u Ortega y Gasset que postula la razón vital como eje de su vitalismo) sino que la considera la «condición de realización de todos los valores», pues «todos los valores se refieren a la vida, puesto que ésta es vehículo de las estimativas», v. *Filosofia do Direito*, cit., p. 339. REALE, M., *Nova Fase do Direito Moderno*, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 82-83: la idea de persona se ha de entender «como inmanente posibilidad de elección constitutiva de valores».

⁵⁰ Eso no quiere decir que la clasificación de los valores sea una cuestión sencilla, pues unas clasificaciones atienden a la «forma» en la que se presentan (valores-fines, valores-medios, autónomos, derivados, etc.) y otras a la «materia» (estéticos, éticos, religiosos, económicos, etc.).

⁵¹ Entre ellos no cabe hablar de una ordenación jerárquica.

⁵² REALE, M., *Filosofia do Direito*, cit., p. 237.

⁵³ REALE, M., *Introdução à Filosofia*, Saraiva, São Paulo, 1988, p. 162.

⁵⁴ REALE, M., *Lições Preliminares do Direito*, São Paulo, Saraiva, 16.ª ed., 1988, p. 309.

⁵⁵ En el pensamiento de Reale se puede hablar, por tanto, de un «personalismo axiológico» pues la persona constituye la fuente última de donde emanan todos los valores. El hombre crea la realidad conforme a sus valoraciones, buscando realizar sus propios fines.

individual, etc...⁵⁶. Todos ellos constituyen el fundamento de la ética y se corresponden con los derechos fundamentales del hombre.

Lejos de resolver la cuestión Reale nos obliga a plantearnos más interrogantes: ¿las «*invariantes axiológicas*» son valores objetivos-transcendentes? Es evidente que no han de serlo, pues en tal caso nos encontraríamos ante un ontologismo axiológico, del que huye Reale. Por otro lado cabe pensar si son valores innatos de carácter racional o teológico, al modo de un derecho natural transcendente; aquí la respuesta vuelve a ser negativa, pues Reale vería peligrar su «*historicismo axiológico*». La respuesta a esta complicada cuestión desde la óptica del pensamiento de nuestro autor, no puede ser ni el ontologismo axiológico (idealización absoluta de los valores) ni el relativismo axiológico, sino que pasa por considerar su concepción culturalista-personalista⁵⁷ de la axiología, que se basa en una «*comprensión transcendental (...) del valor en correlación con la experiencia histórica*»⁵⁸. Lo que le lleva a poner de manifiesto que hay valores que cambian a lo largo de la historia y valores que pasan a tener fijeza en la conciencia histórica. La cuestión es por qué permanecen de forma indefinida y cómo se seleccionan. La contestación de Reale a esta compleja temática se basa en que la objetividad de los valores es histórica, «*fundada en la radical historicidad del ser humano, el cual da origen y legitimidad a los demás valores, que no se infieren deductivamente, en abstracto, de la idea de persona, sino en su concreto proceso histórico*»⁵⁹. Es en este punto donde la investigación ontognoseológica alcanza su límite, no pudiendo pretender un origen transcendente, en todo caso será la «*razón conjetural*» la que «*podrá establecer como plausible, sin perder su contenido problemático, una posible correlación entre transcendental y transcendente, abriendo camino a la meditación metafísica*».

La preocupación de Reale por el relativismo le lleva a acudir a la «*razón conjetural*», pero en tal caso todo su razonamiento sobre *constelaciones e invariantes* sobraría ya que si acude al expediente de la conjetura desde el inicio, podía haber afirmado como conjetura de partida que la persona es el valor-fuente de todos los valores, y es evidente que es pensable e inevitable, y, además compartida. Pero en tal caso su teoría de los valores, esencial en toda su obra, quedaría amenazada, pues al partir de un dato, al que cabe adherirse racionalmente, en nada se diferenciaría de las posturas iusnaturalistas tradicionales.

⁵⁶ La consolidación de ciertos valores es compatible con el surgimiento de nuevos valores, como por ejemplo, el valor de lo ecológico que se correspondería con el derecho al medio ambiente.

⁵⁷ Se puede decir que su «*historicismo axiológico*» culmina en un «*personalismo axiológico*». REALE, M., *TTD, TJ, FMD*, cit., p. 205

⁵⁸ REALE, M., *Paradigmas da cultura contemporânea*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 106.

⁵⁹ REALE, M., *Paradigmas da cultura contemporânea*, cit., pp. 109-110. REALE, M., *Direito Natural/ Direito Positivo*, cit., p. 7.

2.2 La teoría de la justicia desde el Culturalismo

Como teoría propiamente dicha, es decir, con la pretensión de ofrecer su postura en torno a esta cuestión se refiere a ella en su obra *Nova Fase do Direito Moderno*⁶⁰, cuyo capítulo I, parte I, lleva por título «Teoria da Justiça», y en el cual se hace patente que su visión de la justicia se encuadra dentro del culturalismo que defiende. Reale quiere dar carta de naturaleza a su teoría sobre la justicia y extrae el capítulo mencionado anteriormente, colocándolo, en el marco de una obra recopilatoria titulada *Teoria Tridimensional do Direito, Teoria da Justiça, Fontes e Modelos do Direito*, como una parte al mismo nivel que dos de sus obras básicas, añadiendo una breve consideración que titula «Problemática da Justiça»⁶¹.

Como tal teoría culturalista ha de rechazar toda visión de la justicia que pretenda validez intemporal, definitiva, totalizadora y absoluta, ya que, sin duda, descansará sobre huecas formalizaciones. Considera que el sentido de la justicia está dominado por la perspectiva axiológica en el marco de unas concretas coordenadas espacio-temporales, al defender que la justicia se afirma como una categoría histórico-cultural⁶². Pero también se cuestiona la comprensión de la justicia como un valor relativo y la consideración de que lo que sea justo dependa únicamente de quien haga tal juicio de valor, lo que supondría, al mismo tiempo, negar la existencia de la justicia como un valor propio del derecho y privar a los ordenamientos jurídicos de uno de sus referentes fundamentales, provocando su pérdida de significado. En definitiva, M. Reale entiende superada toda doctrina que se presente como: «a) Un *paradigma ideal de Justicia* de validez universal, sea él concebido a la luz de la razón, o pretendidamente inferido de datos empíricos; o b) Una *categorización formal de criterios* evaluadores de lo que deba ser considerado justo o injusto; c) La comprensión del ordenamiento jurídico *con abstracción de la idea de justicia*»⁶³.

Niega, por un lado, universalismo y objetivismo y, por otro, concreción y relativismo como enfoques unívocos y exclusivos para la comprensión de la justicia. Su propuesta pretenderá superar ambos enfoques. En ese sentido, Reale considera que la cuestión de la justicia no tiene una continuidad lineal, por eso no ha de buscarse una definición universal de la misma sino observar el proceso de experiencias de lo que se entiende en concreto como justo en cada ciclo histórico-cultural⁶⁴. Esto es, el proceso que en razón de la persona huma-

⁶⁰ REALE, M., *Nova Fase do Direito Moderno*, cit., pp. 3 ss.

⁶¹ REALE, M., *TTD, TJ, FMD*, cit., p. 199 ss.

⁶² Posición diversa a la defendida por ALEXY, R., en «Justicia como corrección» en *DOXA*, 26, 2003, p. 163, en que señala que «la tesis según la cual la justicia es corrección, por tanto, conduce directamente a la idea de la justicia como posibilidad de fundamentación, o justificación, mediante razones».

⁶³ REALE, M., *TTD, TJ, FMD*, cit., p. 184.

⁶⁴ REALE, M., *Nova Fase do Direito Moderno*, cit., p. 37.

na, como valor fuente de todos los valores, se orienta a la realización cada vez mayor de la igualdad, la libertad y la solidaridad. La vinculación entre justicia e historia procede de la misma naturaleza del hombre, ya que es un ser histórico, pero con unos valores inmanentes de los que adquiere conciencia a lo largo del proceso histórico, a los cuales les atribuye la fuerza de *invariantes axiológicas*, como si fuesen valores innatos. La justicia se presentaría como una condición transcendental para la realización de los demás valores; sin el valor de la justicia los demás valores no se podrían desenvolver, de una forma coordinada y armónica, en una comunidad de hombres libres. La justicia es un *valor-medio* que asegura el cumplimiento de los demás valores, en razón de la persona humana que es el *valor-fin*. Para M. Reale la cuestión de la justicia es un problema permanente que desafía a aquéllos que se ocupan de la mejor organización de la sociedad y de la paz.

A) JUSTICIA Y DERECHO

La experiencia jurídica es una forma más de experiencia histórico cultural, por tanto, se ha de explicar también desde la óptica culturalista que sustenta Reale. El derecho es una realidad histórico cultural, «una realidad espiritual (no natural, ni puramente psíquica, o técnico-normativa, etc.) en la cual y por la cual se concretan históricamente valores, ordenándose las relaciones intersubjetivas conforme exigencias complementarias de los individuos y del todo social»⁶⁵. El derecho, como un todo, es momento de justicia, será una actualización progresiva de la justicia, «de todos los valores cuya realización posible la afirmación de cada hombre según su virtud personal. Lo que importa es, pues, determinar, con posible rigor, el significado del derecho a la luz de la experiencia social e histórica del hombre».

El derecho positivo nace en Reale a través del denominado «normativismo jurídico concreto», proceso en el que el poder, en sentido amplio⁶⁶, integra la tensión fáctico-axiológica del momento en una norma. La cuestión es por qué el poder elige una tensión y no otra para crear una norma. Dicho de otro modo, ¿el derecho positivo es un producto del puro decisionismo o, por el contrario, se pueden encontrar principios o valores universales que fundamentan el derecho positivo? ¿Cabe considerar la existencia de un derecho natural como fundamento del derecho positivo? ¿Se puede hablar de derecho natural en el culturalismo de Reale?

Reale admite la existencia del derecho natural únicamente como una «constante histórica», pero «con una alteración sustancial en la

⁶⁵ REALE, M., *Filosofia do Direito*, cit., p. 699-700. REALE, M., *Nova Fase do Direito Moderno*, cit., p. 80.

⁶⁶ Poder legislativo, en el caso de la ley o, también, la sociedad como tal en el caso de la costumbre.

colocación del problema»⁶⁷ para adecuarlo a su concepción axiológica, centrada en el historicismo y en el personalismo axiológico. Reale se separa de las concepciones de derecho natural clásico, ya de orientación racionalista, idealista o teológica, que defienden «valores imperecederos y separados del desarrollo histórico-cultural del derecho y de la realidad», y sostiene que el derecho natural es «la objetivación concreta y continuada de los valores de justicia» abiertos a un constante desarrollo a lo largo de la historia que trasciende lo ya alcanzado de hecho por el derecho positivo⁶⁸.

Para determinar el origen y contenido del derecho natural ha de recordarse lo dicho sobre las *invariantes axiológicas*. Veámos que éstas cuando se revelan a «la conciencia popular adquieren objetividad y fuerza coactiva (...) convirtiéndose en *presupuestos conjeturales necesarios en la convivencia humana*». De estos paradigmas axiológicos surgen ciertas normas que se consideran «ideas directoras y universales de la conducta ética, consuetudinaria y jurídica», normas que permiten comprender la naturaleza y los límites del derecho positivo y a las que Reale denomina «derecho natural de carácter problemático-conjetural»⁶⁹. Conjetural porque los valores que rigen y conforman su constitución han de ser entendidos como «suposiciones posibles de acuerdo con lo cierto o verificable, en relación a la totalidad del universo, a la totalidad de la cultura o la totalidad de lo experienciable»⁷⁰. Pero al mismo tiempo este derecho natural tiene natu-

⁶⁷ REALE, M., *Nova Fase do Direito Moderno*, cit., p. 43. REALE, M., *Direito Natural/Direito Positivo*, cit., pp. 1 a 3.

⁶⁸ REALE, M., *Direito Natural/Direito Positivo*, cit., p. 5. REALE, M., *Lições Preliminares do Direito*, cit., p. 5.

⁶⁹ REALE, M., *Nova Fase do Direito Moderno*, cit., pp. 47-48. REALE, M., *O Direito como Experiencia*, Saraiva, São Paulo, 1992, p. XXIII, en que Reale expone algunas consideraciones sobre la *conjetura*: «a) la *conjetura* no se confunde ni con lo quimérico ni con lo arbitrario, sino que se corresponde más con un *juicio de plausibilidad*, formulado en *isonomía con la experiencia*, de tal modo que dura en cuanto ésta se armoniza con aquélla; b) la *conjetura* no se corresponde con un juicio aleatorio o eventual, sino que nace, por el contrario, de la necesidad de atender a ciertos reclamos de la experiencia que la ciencia no considera por estar más allá de sus posibilidades certificadoras o verificadoras; c) la *conjetura* posee un *status* epistemológico propio, no confundiendo con la *probabilidad*, cuyos datos numéricos son certificables o previsibles, ni con la *analogía*, que obedece a parámetros racionales propios, de procedencia o viabilidad; d) la *conjetura*, a pesar de la problematicidad que la envuelve, alberga una *comprensión de sentido* válida tanto en el plano de la Ciencia como en el de la Metafísica; e) la *conjetura*, en el marco científico, a veces opera como una «suposición», una «hipótesis imaginaria», o una «ficción», a partir de la cual se puede llegar a formas de conocimiento verificables».

⁷⁰ REALE, M., *Direito Natural/Direito Positivo*, cit., p. 9. REALE, M., *Nova Fase do Direito Moderno*, cit., p. 49: La afirmación de que el hombre es un *foco de alternativas*, es indemostrable, «pero podemos considerarla plausible, y en este sentido específico conjetural». Del mismo modo que el valor primordial del hombre, cuyo «ser es su deber ser», es una afirmación científicamente indemostrable, pero que podemos considerar plausible en función de lo que se puede conocer del hombre gracias a la antropología, la sociología, la psicología y la historia. En resumen, son verdades conjeturales que la experiencia axiológica de la historia nos confirma cada vez más.

raleza transcendental al presentarse como el conjunto de todas las condiciones transcendentales, histórico-axiológicas, que posibilitan y legitiman la experiencia jurídica, como el valor de la persona, ciertos valores constantes (libertad, libertad de expresión, derecho a la integridad, etc.) asegurando la continuidad de esa misma experiencia».

La objetividad de este derecho natural es de carácter histórico, fundada en la historicidad radical del hombre, sin implicar una fractura en el mundo ético, porque «es siempre la persona el fundamento común de la Ética, esto es, de la Moral, del Derecho y de las Costumbres»⁷¹. Frente a las concepciones transcendentales del derecho natural, que afirman la existencia de dos órdenes normativos, uno con validez en sí y por sí (derecho natural) y otro subordinado y contingente (derecho positivo)⁷², Reale defiende la existencia de una única realidad jurídica que puede enfocarse bien desde el derecho natural, atendiendo a sus condiciones histórico-axiológicas transcendentales, o bien desde el derecho positivo, como manifestación concreta de la correlación dialéctica entre hechos y valores.

Reale desde una perspectiva transcendental entiende la relación entre derecho natural y derecho positivo «como un imperativo ético, metajurídico o transjurídico, traduciendo un imperativo de cambio y perfectibilidad, en función de los derechos humanos fundamentales, transitoriamente vulnerados». Sin embargo, y aunque las «estructuras jurídico-positivas parecen subordinadas a las exigencias transcendentales del derecho natural, se hace imposible (y en esto radica todo el drama del derecho y de la justicia, o la aporía del «derecho justo») negar eficacia y validez a una regla positiva en vigor, en el ámbito de la Ciencia Jurídica o en el momento dogmático de su aplicación por los jueces y administradores»⁷³.

A nuestro juicio, surge aquí un problema. Si el derecho natural condensa los principios de convivencia básica, actuando como fundamento y vía de legitimación del derecho positivo, pero, al decir de Reale, éste no pierde validez en caso de contradecirle, entonces nos encontramos ante una postura puramente normativista, ya que el derecho positivo vale cuando posee los requisitos formales indispensables para que una regla de derecho adquiera o pierda valor. Reale rechaza tal interpretación⁷⁴, pues la vigencia, dice, exige un mínimo de contenido axiológico. La cuestión es cuál, pues si ha de ser un cierto contenido prefijado entonces su iusnaturalismo se asemeja al tradicional, y, además, el derecho positivo en la medida en que lo es cumple con los valores de certeza y seguridad. Pero además, no queda claro cómo esas «invariantes axiológicas» pasan a la conciencia popular. En ese sentido, parece que Reale confía en las aportaciones de la Sociología,

⁷¹ REALE, M., *Nova Fase do Direito Moderno*, cit., p. 51.

⁷² REALE, M., *Lições Preliminares do Direito*, cit., p. 308.

⁷³ REALE, M., *O Direito como Experiencia*, cit., pp. 12-13. REALE, M., *TTD, TJ, FMD*, cit., p. 116.

⁷⁴ REALE, M., *Filosofia do Direito*, cit., p. 597.

la Psicología, la Antropología, la Economía, etc., para detectar qué se considera esencial por la «cultura» de una determinada época; si es así, entonces su tesis sobre el contenido del derecho natural se hace deudora y dependiente de estas otras disciplinas, hasta el punto, casi, de vaciarse de contenido o integrar un contenido derivado y no originario.

B) JUSTICIA Y SOCIEDAD

En los apartados anteriores se ha analizado su concepción de la justicia, pero lo que ahora se estudiará, en la dirección de la reflexión actual sobre la justicia, es la propuesta de Reale a la hora de considerar a una sociedad y a sus instituciones políticas como justas⁷⁵.

La comprensión del hombre en el marco del «personalismo axiológico»⁷⁶ le permite, por un lado, formular la conjetura de una igualdad entre los hombres, irrenunciable aspiración que muestra que la justicia es un valor social vinculado al valor de la persona, y, por otro, afirmar la igualdad que se establece entre personas titulares de unos derechos inherentes⁷⁷, que comparten los valores de libertad⁷⁸ y

⁷⁵ Se ha de observar que Reale no recoge explícitamente el debate en torno a la libertad y las condiciones de una vida social bien ordenada que se dirimen entre liberalismo, comunitarismo y republicanismo.

⁷⁶ Buena parte de su concepción de los valores deriva de un autor personalista como es Max Sheler. El personalismo refleja una doctrina de contornos difusos que posibilita incluir en él diferentes autores y corrientes, desde Buber, Levinas, Maritain, Marías, Zubiri, Mounier, Ricoeur, Sheler, pasando por personalismos de corte comunitario, anarquizante, católico, protestante, etc. En el pensamiento de Reale hay una «valoración» de la persona, pero no extrae de ello un criterio claro y fuerte con el que juzgar las instituciones sociales. BURGOS, J. M., «¿Es posible definir el personalismo?», en AA.VV., *El primado de la persona en la moral contemporánea*, Pamplona, Eunsa, 1997, pp. 143-152. CASTILLO VEGAS, J. L., *Personalismo y derecho de propiedad*, Valladolid, Ediciones Grapheus, 1992, p. 19. SCHELER, M., especialmente su obra *Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, Madrid, Caparrós, 2001, trad. H. Rodríguez Sanz; presentación de Juan Miguel Palacios, 3.^a ed. rev.; V. tb. la obra de METRAUX, A., *Max Scheler ou La phénoménologie des valeurs*, París, Shegers, 1973.

⁷⁷ Esta afirmación le coloca en la línea de definir los derechos que considera propios de la persona, cosa que no hace de forma directa pero se ha de entender que se refiere a los derechos humanos. Tampoco lleva a cabo un reflexión, dada la especial relevancia de tales derechos, sobre la ubicación y el papel que han de tener, por ejemplo, a la manera en que R. DWORKIN lo hace, pudiéndose entender la concepción de la justicia de éste en términos de derechos, o si se quiere, como «cartas triunfo», en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989 y también *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992.

⁷⁸ Obsérvese que Reale no utiliza las categorías de BERLIN, I., «Dos conceptos de libertad», en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, versión española de Julio Bayón, Madrid, Alianza, 1988, p. 225, de libertad positiva y libertad negativa, ni siquiera los conceptos de libertad de los modernos y de los antiguos de CONSTANT, B., «De la liberté des anciens comparée à celle des modernes», París, GF Flammarion, 1986, p. 67. Tampoco alude a la pretendida categoría de PETTIT, P., de libertad como no-dominación en *Republicanism*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 35-6, lo que manifiesta su intención de proponer una concepción propia de la libertad.

solidaridad, materializados en una organización política democrática como garantía de régimen político que canalice su realización pacífica⁷⁹. Al mismo tiempo, tal perspectiva personalista le lleva a rechazar posturas individualistas y transpersonalistas, por ello Reale señala la necesidad de integrar y superar, en un mundo complejo como el actual, las fórmulas del liberalismo y del socialismo, en cuyos ámbitos libertad e igualdad se constituían, a veces como elementos excluyentes. Para él la relación entre libertad e igualdad no ha de plantearse en términos seriados sino como valores vinculados por una dialéctica de complementariedad, de modo que la comprensión de la libertad como forma de participación supone una más estrecha relación entre los valores mencionados. En definitiva, la democracia liberal se ha de presentar como democracia social como consecuencia de superar los planteamientos individualistas y los prejuicios frente a la interferencia del Estado propios de la versión clásica del liberalismo⁸⁰. El término participación⁸¹ tiene un sentido propio, incluyendo la participación política y el tomar parte de los bienes sociales⁸². Para ello apela a nuevas formas de participación más directas como el plebiscito, el referéndum o la extensión de la iniciativa parlamentaria a quien en la sociedad civil ostente especial relevancia. Todo ello se sustancia en una visión del ciudadano como titular no sólo de un status jurídico de derechos y prerrogativas individuales sino de ser consciente de los lazos que vinculan a todos y cada uno de los individuos a los supremos intereses de su comunidad⁸³. La ciudadanía⁸⁴, en suma, no consiste sólo en la titularidad abstracta de derechos y deberes, sino que cobra sentido, legitimidad y eficacia cuando valores personales y sociales se complementan recíprocamente, de manera que los individuos, sin renunciar a sí mismos, se integran en el bien común del pueblo.

La cuestión es cómo resolver la aparente paradoja de la afirmación de cada situación personal y la idea esencial de participación en la comunidad. La concreción de la acción libre exige que a su titular se

⁷⁹ REALE, M., *TTD, TJ, FMD*, cit., pp. 196-198.

⁸⁰ REALE, M., *O Homen e seus Horizontes*, Rio de Janeiro, Topbooks, 1997, p. 95.

⁸¹ La participación no la entiende como un instrumento de una libertad basada en el ideal de la no-dominación, propia de la interpretación republicana de la libertad que hace PETTIT, P., *Republicanism*, cit., pp. 113 ss.

⁸² Reale asume el término democracia participativa pero no le da el sentido fuerte que el comunitarismo o incluso el republicanismo le daría como autogobierno de los ciudadanos. Sobre el concepto de «Democracia fuerte: la política al modo participativo», v. VVAA, *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza, 1998, p. 290. PEÑA, J., *La ciudadanía hoy: problemas y propuestas*, Valladolid, Secretariado de publicaciones Universidad de Valladolid, 2000, principalmente los capítulos 6,7 y 8.

⁸³ REALE, M., *Crise do Capitalismo e Crise do Estado*, São Paulo, Senac, 2000, p. 41.

⁸⁴ M. Reale realiza pues una crítica a la fórmula de ciudadanía atomística liberal, pero no realiza una reflexión sistemática de los modelos de ciudadanía actualmente en discusión liberal-republicano-comunitarista.

le aseguren las condiciones efectivas de participación⁸⁵, en el sentido de «el derecho a participar, social y culturalmente, de los bienes de la comunidad, tanto en el plano de las decisiones como en el acceso a las formas de mejor distribución de las riquezas»⁸⁶. El progreso tecnológico⁸⁷ debe tener como horizonte la extensión más universal posible de los resultados de ese desarrollo. Sólo con tales garantías los sujetos tienen asegurada la posibilidad de participar y decidir. En definitiva, socialización del progreso y libertad serían los ejes de una democracia social y participativa.

En ese marco cabe hablar de una propiedad democratizada al alcance de todos, de un ámbito económico presidido por la libre iniciativa o de un bien común perseguible por diversos caminos pero siempre con el principio de eficacia como referencia. Habría una exigencia de efectiva igualdad de oportunidades materiales y culturales, en la esfera de una economía normativa, esto es, de una economía que combina la acción del Estado con la de los particulares en aras a realizar unas normas éticas de acuerdo con una jerarquía de valores⁸⁸.

La propuesta de Miguel Reale para establecer una adecuada interrelación entre libertad e igualdad, con el objetivo de alcanzar una más justa estructura social, se denomina «social-liberalismo»⁸⁹. Dicha propuesta se separa del neoliberalismo⁹⁰, en sus distintas versiones, porque no comparte la idea de que sólo a través de una vida económica entregada a la libre competencia sin obstáculos y con un Estado míni-

⁸⁵ REALE, M., *O Homen e seus Horizontes*, cit., p. 94.

⁸⁶ REALE, M., *O Homen e seus Horizontes*, cit., p. 97. Como ejemplos de derecho de participación Miguel Reale señala: la participación de los trabajadores en la vida y beneficios de las empresas, generándose una correlación entre participación efectiva y corresponsabilidad, entre libertad y responsabilidad.

⁸⁷ REALE, M., *Crise do Capitalismo e Crise do Estado*, cit., p. 59.

⁸⁸ REALE JUNIOR, M., «A Atualidade do pensamento político de Miguel Reale» en *Direito, Política, Filosofia, Poesia*, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 125.

⁸⁹ Curiosamente él mismo calificará su pensamiento político como «social-liberalismo» pero sin identificarse con el neoliberalismo. REALE, M., *Nova Fase do Direito Moderno*, cit., p. 34. Reale rechaza la socialdemocracia por considerar que es esencialmente marxista y, por ello, transpersonalista, orientación, obviamente, de la que él no participa.

⁹⁰ Reale vendría a identificar neoliberalismo con lo que KYMLICKA, W., *Filosofía política contemporánea*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 109, considera como libertarismo, propio de las tesis de Nozick: «los libertaristas defienden las libertades del mercado, y exigen la limitación del papel del estado en cuanto a políticas sociales. Por ello se oponen al empleo de planes de redistribución impositiva para llevar a cabo una teoría liberal de la igualdad». La tesis principal de Nozick sería que «si asumimos que todos tienen derecho a los bienes que actualmente poseen (sus «pertenencias»), entonces una distribución justa es sencillamente cualquier distribución que resulte de los libres intercambios entre personas. Cualquier distribución que resulte de transferencias libres a partir de una situación justa es en sí misma justa». Aunque inicialmente Reale ha calificado a Rawls como neoliberal, una observación atenta lleva a detectar que la propuesta rawlsiana y la de Reale están relativamente próximas, al menos, en sus propuestas finales. Siempre será difícil determinar cuál es el grado de intervención que reservan al Estado, pero lo que es claro es que ambos no ven mal tal intervención.

mo, se pueda alcanzar lo que se denomina justicia social, pues piensa, en la línea de J.K.Galbraith⁹¹, que la participación del Estado en la economía ha contribuido a favorecer la situación de los más desfavorecidos a través de los mecanismos de la seguridad social, de subsidios y fondos de garantía y asistencia, generando, en consecuencia, bienestar para todos⁹². Esto es, un adecuado equilibrio entre el ámbito del libre juego de la competencia y un Estado no abstencionista⁹³.

M. Reale duda de la viabilidad de una mancomunidad universal⁹⁴ en la que primen exclusivamente los intereses y principios del mercado⁹⁵ pues en aras de un marco en el que se entiende estarían actuando de la forma más libre los individuos, sin las cortapisas del Estado, se estarían poniendo en peligro los derechos individuales de los mismos, pues en ese marco de máxima libertad no existen las garantías ni los procesos adecuados a los que acudir en caso de violación y vulneración de los mismos. En definitiva libre competencia sí pero atribuyendo al Estado la función de control de aquellas prácticas del mercado que puedan provocar cualquier lesión de los derechos individuales⁹⁶, lo que se resuelve en su afirmación de un Estado nación protagonista de sus propias decisiones sociopolíticas y económicas, no entregado de manera irreflexiva a un proceso descontrolado de globalización económica⁹⁷. Las peores consecuencias se aprecian en el terreno económico pues la globalización permite interferencias financieras externas, de localización difícil, que pueden alterar con rapidez la libre competencia, con predominio de voluntades anónimas incontrolables. Todo ello permite dominar una nación sin ocupar su territorio, lo cual no es sino una nueva forma de imperialismo. Se percibe, pues, una cierta preocupación por la pérdida de soberanía de los

⁹¹ GALBRAITH, J.K., *La cultura de la satisfacción: los impuestos, ¿para qué?: ¿quiénes son los beneficiarios?*, Barcelona, Ariel, 1997.

⁹² REALE, M., *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*, São Paulo, Saraiva, 1999, 2.ª edición, revisada, pp. 37-38.

⁹³ GARCÍA SANTESMASES, A., «Estado, mercado y sociedad civil» en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 217 ss. CAMINAL BADIA, M. (coordinador), *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 177 ss. MUÑOZ DE BUSTILLO, R., (compilador) *Crisis y futuro del estado de bienestar*, Madrid, Alianza Universidad, 1989. FERNÁNDEZ GARCÍA, E. Cap. IX «El Estado Social: desarrollo y revisión» en *Filosofía Política y Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1995. GARCÍA SANTESMASES, A., «Estado, mercado y sociedad civil» en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Editorial Trotta, 1997, p. 217 ss.

⁹⁴ Discreparía de lo que HABERMAS, J., expresa en *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 628: «(...) la ciudadanía democrática no ha menestar quedar enraizada en la identidad nacional de un pueblo; pero que, con independencia de, y por encima de, la pluralidad de formas de vida culturales diversas, exige la socialización de todos los ciudadanos en una cultura política común».

⁹⁵ MALEM SEÑA, J., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 100 ss.

⁹⁶ REALE, M., *Crise do Capitalismo e Crise do Estado*, cit., p. 64.

⁹⁷ REALE, M., *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*, São Paulo, Saraiva, 1999, capítulo VI.

Estados y muchas cautelas con respecto a acuerdos internacionales que pudieran socavarla⁹⁸.

Desde una perspectiva interna, el ordenamiento político se articula a partir de tres elementos que se exigen recíprocamente: individuo, sociedad civil y Estado. Si éste se configura como un conjunto de individuos abstractos nos encontramos frente a un Estado de Derecho formal que «preserva sólo los valores extrínsecos del orden jurídico, sin tener en cuenta sus valores substanciales, como los de la educación y la salud, sin los cuales el individuo o perece o no se desarrolla»⁹⁹. El papel de la sociedad civil es mediar entre el individuo y el Estado, de manera que éste encontrará mayor sentido cuando se adapta a las exigencias de la comunidad a la que sirve. La relación entre los tres elementos –individuo, sociedad civil y Estado– se rige por la dialéctica de complementariedad, lo cual supone que se implican el uno al otro pero ninguno queda reducido a otro, pues no se trata de momentos sucesivos de una evolución sino momentos sincrónicos que resuelven su vinculación por la dialéctica mencionada. Para M. Reale el Estado Democrático de Derecho¹⁰⁰ es la vía para garantizar un proceso con tales exigencias y el logro de tales objetivos.

3. CONSIDERACIONES FINALES

La teoría de la justicia de M. Reale se asienta en la adecuada comprensión de los elementos sobre los que construye su obra (derecho natural transcendental, historicismo axiológico, dialéctica de complementariedad, pensamiento conjetural...). Subrayar la originalidad de su «a priori cultural», pero que, a pesar de sus esfuerzos, se nos antoja estrictamente formal, pues siendo cierto que se conoce en un contexto cultural eso dificulta al máximo las posibilidades de universalización y mucho más hablar de «constelaciones axiológicas» propias de un ciclo histórico, porque la pregunta inmediata es

⁹⁸ Se manifiesta aquí cierta preocupación por el ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas) expresión, según sus críticos, de una simple vía de expansión de la economía estadounidense.

⁹⁹ REALE, M., *Crise do Capitalismo e Crise do Estado*, cit., p. 67.

¹⁰⁰ Aunque comparte la terminología de ELÍAS DÍAZ que podemos ver, fundamentalmente en *Curso de filosofía del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1998 o en *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998, cuya propuesta para resolver la dicotomía entre libertad e igualdad adopta el término Estado Democrático de Derecho aunando democracia y socialismo, ese no es el objetivo de M. Reale, pues a pesar de definir Estado Democrático de Derecho como «Estado de Derecho y Justicia Social», la perspectiva de Reale es esencialmente liberal pero sensible a las exigencias sociales. También puede coincidir con las notas que han de ser exigidas a un Estado Democrático de Derecho (soberanía popular, dignidad de la persona, pluralismo político...) con las que HABERMAS expone en *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 238, pero no coincide ni participa de la teoría del discurso, ni articula dichos elementos del mismo modo.

cuáles son los valores que componen las «constelaciones axiológicas» de nuestro ciclo histórico. Si la respuesta es que los valores de la cultura occidental, como parece que se desprende de los valores mencionados a lo largo de su obra, entonces incurrirá en considerar como universal lo que sólo es propio de una cultura. De tal modo, que la no consecución de esos valores o la crisis de esos valores es una crisis de la propia humanidad. Fundamenta la existencia de algunas «invariantes axiológicas» en el reconocimiento universal de su eticidad, pero no explica cómo se lleva a cabo dicho proceso de reconocimiento.

Nos ofrece, y eso se pide a una teoría de la justicia, un criterio para valorar el derecho y las instituciones sociales, pero no cierra qué se pueda entender y cuál pueda ser el contenido del valor persona, siendo ese su mérito o demérito, según se comparta la idea de que es a través del proceso histórico como se va colmando dicho valor; que se trata de un valor inagotable y que de forma progresiva se irá descubriendo su contenido; o se piense, por el contrario, que la afirmación de dicho criterio es demasiado débil al dejar vacío el mismo, y permitir que su sentido sea cubierto a través de las diferentes interpretaciones históricas. Las corrientes personalistas son variadas y apuntan siempre en la dirección que Reale defiende, pero las consecuencias que cada una extrae para la vida social son muy diversas, de manera que afirmar que la persona es el valor de referencia es evidentemente una declaración a considerar, pero si carece de una materialización clara, su valor como instrumento para juzgar sobre la justicia o no de una determinada institución social o política decrece.

Su constante deseo de superar posiciones enfrentadas mediante su integración a través del instrumento de la dialéctica de complementariedad, por ejemplo, le obliga a considerar posiciones doctrinales previamente definidas y cerradas, cuando, por regla general, toda doctrina evoluciona y tiene aristas diversas que pueden hacerla inasible. Esta actitud metodológica le hace susceptible de recibir las críticas destinadas a las posiciones que por integración pretendía superar. La utilización de ciertos términos (democracia participativa, democracia social, ciudadanía) no se corresponde con los contenidos propios de los debates contemporáneos en torno a tales cuestiones¹⁰¹. Él les atribuye un sentido particular que quizás encaja en el marco de su teoría general, pero introduce un grado de confusión a la hora de

¹⁰¹ Reale asumiría los postulados deontológicos de ciertas tesis procedimentalistas, pero procurando integrarlos en el marco de su concepción. Para Reale lo destacable de la tesis de Rawls es su sentido de totalidad, más que los propios principios de justicia. Entre los cuales Reale valora especialmente el de diferencia pues alude a la igualdad que es el núcleo de la idea de justicia y es condición de la igualdad democrática. Y lo valora porque busca a través de él la concreción económica, social y política, y combatir las circunstancias que impiden la igualdad real. Para Reale el principio de diferencia revela el sentido utilitarista de la tesis rawlsiana y su pretensión de fijar una idea de justicia no de carácter universal sino la más ajustada a una democracia constitucional.

tratar de establecer una aproximación de sus tesis a planteamientos de filosofía política y de teoría de la justicia de la actualidad. Se aprecia un cierto pragmatismo en sus propuestas tomando lo que considera positivo de todas ellas, lo que pone de relieve el componente integrador de su obra, que Reale no considera ecléctico. Tal actitud metodológica que puede abarcar tanto el principio de diferencia de Rawls, como propuestas de democracia participativa, liberalismo, republicanismo, dificulta su apreciación como un instrumento útil de ponderación

La oposición de Reale al fenómeno de la globalización económica no puede hacernos pensar que abandone posiciones liberales¹⁰². Lo que sí es cierto es que dadas las circunstancias concretas de Brasil, la corriente neoliberal debe ser atemperada con una mayor intervención del Estado en algunos ámbitos de la vida social, política y económica cara a corregir situaciones de desigualdad extrema. La propuesta de Reale más que una superación por integración de liberalismo y socialismo, representa una corrección de las tesis liberales. La petición de mayor participación ciudadana en la toma de decisiones políticas, el fomento de la educación como condición ineludible de la misma, la afirmación de una identidad comunitaria, marca la presencia de una serie de elementos más vinculados a lo que ahora pudiera defender alguna tesis republicana, pero no nos autoriza a considerarlo como un defensor de tales postulados. Cabe preguntarse si su defensa de un Estado nación supone postular un nacionalismo, en los términos en lo que ahora se entiende. La respuesta es que la afirmación de un «ser brasileño» identitario¹⁰³ sí parece compartida por Reale, lo que llevaría a cierta inconsecuencia al defender el Estado nación particularista y la preocupación por determinar valores universales a partir de la consideración del hombre como persona.

Su comprensión de la justicia en sentido igualitarista puede permitir reconducir su posición a la interpretación que hace de Rawls un liberal igualitario, pero en tal caso, recibirá las mismas críticas que él, ya desde el feminismo o ya desde el comunitarismo. Las obras en las que M. Reale plantea su teoría de la justicia son posteriores a la publicación de la *Teoría de la Justicia* de Rawls, sin embargo, Reale es refractario a la misma, pues, a su juicio, las tesis de Rawls¹⁰⁴ en la medida en que se inspiran en Rousseau y Kant,

¹⁰² Su «social-liberalismo» incurriría en establecer una vinculación entre liberalismo y librecambismo, esferas que habría que diferenciar como expone SARTORI, G., *Elementos de Teoría Política*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 140.

¹⁰³ La Segunda Parte de su obra *O Homen e seus Horizontes*, lleva por título «Problemas nacionales», y su contenido permite pensar en esa orientación.

¹⁰⁴ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 28 y 82. V. también en *Justicia como equidad*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 103. Evidentemente Reale ya no se ocupa de las matizaciones del propio Rawls ni los debates de éste con Habermas. No hay referencias en Reale a las obras en las que Habermas podría presentar su postura en torno al tema de la justicia, *La inclusión del otro*, especialmente los capítulos 3 y 6, y *Debate sobre el liberalismo político*.

ante todo en el uso de la figura del contrato social, significarían una falta de adecuación al momento histórico y en una comprensión del hombre abstracta, atomística y aislada. Comprensión rechazada por Reale dado su culturalismo.

En resumen, Reale considera a la justicia como un valor que se manifiesta a lo largo del proceso histórico y cuya mejor realización en el plano social y político, a su juicio, es un liberalismo corregido y reorientado a posiciones igualitarias.

La ciudad en clave de riesgo. El derecho a la seguridad o la obsesión por ella

POR M.^a JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS
Universidad de Zaragoza

“No es en los anchos campos o en los jardines grandes donde veo llegar la primavera.

Es en los pocos árboles pobres de una plazuela de la ciudad. Allí el verdor destaca como una dádiva y es alegre como una tristeza buena. Amo esas plazuelas solitarias intercaladas entre calles de poco tránsito, y sin más tránsito ellas mismas que las calles. Son claros inútiles, cosas que esperan entre tumultos distantes. Son de aldea en la ciudad.»

Fernando Pessoa. *Libro del desasosiego*

RESUMEN

La ciudad, como estética que estructura, no es ajena ni a las corrientes de pensamiento ni a los cambios sociales que conocemos. Antes, al contrario, es uno de sus principales impulsores. Observamos la ciudad como paso previo a cualquier compromiso moral por estar en el centro del debate sobre el entendimiento del mundo. El concepto de riesgo, la consiguiente preocupación por la seguridad y la adquisición cuasi-impulsiva de estética consagran la ciudad de hoy al hedonismo de masas. Paralelamente, la criminalización del otro y la consiguiente cultura del castigo resultan síntomas de un ensayo de orden social que se vale de forma instrumental del urbanismo para lograrlo. La clásica variedad urbana se sacrifica en respuesta a las demandas sociales de seguridad, pero el resultado parece ser, a juzgar por los últimos estallidos de violencia en las ciudades francesas, un incremento de la vulnerabilidad.

Palabras clave: ciudad, riesgo, seguridad-inseguridad, control contradicciones.

ABSTRACT

Itself a social practice, the city reflects present society's quest for happiness in Epicurean and Benthamist terms, i.e. through the management of fear and consumerist pleasure, as well as the implications and contradictions of such quest. Modern society strives to control complex reality through rationality as to achieve security, i.e. reduce uncertainty and risk. The complexity of the city is addressed by a spatial division of the whole into internally homogenous parts through the strategies of visibility and closure. The aim is to manage otherness, the essential source of insecurity. Nevertheless, security cannot be achieved as the management techniques themselves create further risks by means of their very complexity. Therefore and parallel to the broader (post-modern) loss of certainties, happiness is sought through consumerist evasion, the city's other constituent function.

Key words: city, risk, security-insecurity, control, contradictions.

SUMARIO: 1. DE LAS RUPTURAS ARRIESGADAS. 2. CUANDO EL OTRO ES VISTO COMO UN RIESGO. 3. HUÉRFANOS DE DOGMAS.

Dudo mucho que a día de hoy haya quien desconfíe de que la ciudad es antes que nada una práctica social. Junto a su obvia consideración como marco físico y la poco cuestionable como referente simbólico, la ciudad es incluso mucho más que una estética que estructura. Eso por sí mismo bastaría como justificación de la preocupación de la filosofía por la ciudad y, sin embargo, aún habría que añadir que con motivo de las continuas rupturas materializadas en el entorno urbano, se hace precisa la serena reflexión filosófica. Tampoco la sociología puede faltar en un ámbito de información continua que en tiempo casi real llega al observador. Porque la ciudad está en el centro del debate sobre el entendimiento del mundo hemos de ocuparnos de ella.¹

Nuestra tesis parte de la concepción de la felicidad como motor impulsor de la acción humana. De cuantas corrientes de pensamiento se han ocupado de tal cuestión tomamos dos. La epicúrea para la que felicidad consiste en dominio del miedo, y la desarrollada por Bentham para quien felicidad y placer vendrían a ser equivalentes. Pues bien, sostenemos que la ciudad es hoy el espacio en que confluyen ambas nociones. Sustituido el clásico dominio del miedo por la obsesión por su ausencia y materializado el placer en el consumo, incluyendo en este término el mayor número de bienes y servicios que cada cual sea capaz de imaginar.

¹ ALESSANDRI, A. F., «La utopía de la gestión democrática de la ciudad», *Scripta Nova*, vol. IX, núm. 194, (2005).

La preocupación por la seguridad y la fascinación por la adquisición cuasi-impulsiva de estética consagran la ciudad de hoy al hedonismo de masas. El hecho de que pasado y presente se lean como texto único en la ciudad confiere un interés especial a su análisis por cuanto nos permite relacionar espacio y tiempo, única conjunción productiva para comprender nuestra propia identificación y los procesos cognitivos con los que aprehender las características de nuestro mundo-objeto.² Dicho de otro modo, de entre los posibles objetos de investigación elegimos la ciudad porque su plasmación de ser y tiempo es capaz de arrojar pistas únicas sobre nuestro modo de concebir y configurar la sociedad.

1. DE LAS RUPTURAS ARRIESGADAS

Colonizar el tiempo y ordenar el espacio son los dos mandamientos en que condensar los vastos objetivos de la Modernidad. Ambiciosas prioridades si se tiene en cuenta que abarcan las más variadas acciones y relaciones humanas. Si la Ilustración, matriz de la Modernidad, parecía conducirnos desde el principio al imperio del pensamiento estrictamente lógico desprovisto de cualesquiera vicios que torciesen el camino de la razón como aclaración, hoy todo parece llevarnos a la paradoja como única vía posible de entendimiento. Véase si no, dice Giddens, y yo comparto, que «la evitación del riesgo es una parte central de la Modernidad» y sin embargo todo en ella, todo en nosotros, nos induce a opciones de riesgo³. Lo generamos y rechazamos al ritmo en que la complejidad aumenta.

Así, por la estricta vía de la lógica normativa el dominio del espacio (u ordenación del territorio en terminología administrativa) habría de asegurarnos, o cuando menos facilitarnos, la ordenación y el dominio de las relaciones en él producidas. Pero no parece que podamos afirmar tal cosa. Como mínimo dos cuestiones nos lo impiden. Una: la fragmentación a que nos ha llevado la repetición exponencial de nuestra ordenación mecánica de las partes en el intento del dominio racional del todo. Y dos: la improbabilidad creciente de orden «conforme evolucionan las sociedades debido a que las condiciones de su estabilización, al mismo tiempo, son condiciones de su puesta en peligro».⁴

En otras palabras no podemos evitar o reducir el riesgo porque su generación es intrínseca a nuestro modo de vida. A más desarrollo, más división del trabajo social (Durkheim), más diferenciación, más opciones, más riesgos. El dinamismo productivo extendido e interre-

² GIDDENS, A., «Modernidad y autoidentidad» en *Las consecuencias perversas de la Modernidad*, Josetxo Beriain (Comp.), , Anthropos, Barcelona, 1996, p. 56.

³ *Ibidem*, p. 61.

⁴ BERIAIN, J., «El doble sentido de las consecuencias perversas de la Modernidad» en *Las consecuencias perversas de la Modernidad*, p. 11.

lacionado al nivel institucional e individual hace que prácticamente nada escape a la tensión seguridad-indeterminación. Ese es el sentido (al menos uno de ellos) de la frase de Luhmann «la evolución siempre ha actuado en gran medida de forma autodestructiva.»⁵

Menos drástico Giddens plantea la cuestión en términos de «desanclaje» y la circunscribe a la Modernidad, cuyas singularidades impedirían, a su juicio, poder establecer comparaciones con otras épocas. Por ser más precisos, la separación de tiempo y espacio y su recombinación habrían generado un dinamismo de tal magnitud que habría originado la Modernidad materializada en un «desanclaje de los sistemas sociales.»⁶ Entendiendo por desanclaje «el despegar las relaciones sociales de sus contextos locales de interacción y reestructurarlas en indefinidos intervalos espacio-temporales.»⁷

Pero ¿en qué momento aparece el riesgo en nuestro mapa conceptual? El incremento exponencial de opciones que incorporamos a nuestras vidas implica por sí mismo la necesidad de elegir entre dichas opciones. Nuestro acto de elegir depende de nuestra voluntad pero también de nuestro conocimiento. Habida cuenta de que nuestro conocimiento podrá abarcar, en la mejor de las hipótesis, escasos campos donde la elección dependa únicamente de nuestros saberes, indefectiblemente pasaremos a depender de la opinión de expertos. Nuestra impericia nos obliga a «confiar» en las valoraciones de los expertos. Pues bien, cuando sopesamos y medimos los riesgos derivados de los criterios expertos establecemos un margen de fiabilidad. Confiamos cuando la fiabilidad es tan alta como para determinar nuestra elección. Hemos de elegir, especulamos sobre las contingencias, valoramos los riesgos implícitos en las opciones y, finalmente, confiamos en la que resulta más fiable, más segura, menos arriesgada. Nuestra vida cotidiana repleta de continuas elecciones descansa en la fiabilidad por dos motivos: porque carecemos de la formación e información que nos proporcionaría una elección autónoma, y por el desanclaje causado por la descontextualización de las acciones sociales dada la desvinculación personal e institucional entre tiempo y espacio.⁸

En realidad nos hallamos frente un dilema, por un lado observamos cómo los riesgos son características constitutivas de los sistemas sociotécnicos, de modo que a mayor complejidad de los mismos mayor número y entidad de riesgos. Ante la incertidumbre causada por tales riesgos reaccionamos tratando de aumentar el control y la seguridad de las tecnologías complejas lo cual, a su vez, redundará en

⁵ LUHMANN, N., *Observaciones de la Modernidad, Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, tr. Fortea Gil, C., Paidós, Barcelona, 1997, p. 139.

⁶ GIDDENS, A., *Consecuencias de la Modernidad*, tr. Lizón Ramón, A., Alianza Universidad, Madrid, 1990, p. 28.

⁷ *Ibidem*, p. 32.

⁸ La cuantificación y uniformidad del tiempo en horarios y calendarios homologados mundialmente y la práctica desaparición de la perspectiva en la minuciosa representación cartográfica del globo tienen mucho que ver con la dislocación entre momento y tiempo, lugar y espacio.

un aumento de la complejidad de las mismas y por consiguiente en un incremento de los riesgos, ya que, su progresiva sofisticación las hará más susceptibles a los fallos.⁹ Si aplicamos dicho dilema al plano social observaremos el impacto que su aparición provoca en las expectativas sociales de conducta. Su irrupción fractura la suposición de que el futuro será semejante al presente. Las contingencias y la celeridad de los cambios dificultan las previsiones y planificaciones necesarias sobre las que fundamentar nuestras decisiones y conducta futura. En todo caso, «el porvenir puede ser muy distinto del planeado» y «la inseguridad sobre lo posible y lo debido trae consigo nuevas perplejidades.»¹⁰ Condenados a convivir con el riesgo, hemos pasado a concebir la seguridad como «garantía de un bienestar mínimo e igual para todos como base para el genuino disfrute de los derechos cívicos.»¹¹

Hablábamos al comienzo de la felicidad como motor impulsor, pero la felicidad en la Modernidad no ha venido sola sino más bien separada del deber y unida al interés personal. La obligación se reformula en términos de elección y ésta de utilidad. El modo de vida es la señal inequívoca de identidad y a ella se accede mediante la «gestión integral de uno mismo.»¹² Nada que ver con un dejarse llevar, todo es sopesado y medido en términos de provecho y seguridad personal. Ese escenario de riesgos y «neoliberalismo»¹³ viene a ser una descripción sociológica de nuestra sociedad y por extensión de su enclave primordial, la ciudad, espacio-tiempo donde pensamiento y forma se anudan haciendo de la morfología un escaparate sociológico.

Tomaremos las múltiples formas que la ciudad incorpora como indicios de los cambios sociológicos latentes y de las patentes rupturas. Cualquier observador por profano que sea concluirá que su ciudad, como las otras, se desparrama. Tal dispersión urbana se caracteriza por dos rasgos fundamentales: «el repliegue reclusivo hacia el hogar seguro y confortable, a través de un mundo personal que creemos controlar»¹⁴ y el reclamo a los poderes públicos para que todo sea seguro, el espacio público tanto como el privado. El denominado

⁹ «Una central nuclear, un sistema de control de tráfico aéreo, un superpetrolero, una planta petroquímica o una misión espacial constituyen tecnologías complejas en las que no puede existir nunca una seguridad absoluta; tienen unas características tales que en ellas los accidentes han de ser considerados como inevitables: son catástrofes normales», LÓPEZ CEREZO, J. A., y LUJÁN, J. L., *Ciencia y política del riesgo*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 28.

¹⁰ PRIETO, E., «Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo» en DA AGRA, C.; et al. (Eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2003, p. 35.

¹¹ *Ibidem*, p. 37.

¹² LIPOVETSKY, G., *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, 5ª ed., tr. Bignozzi, J., Anagrama, Barcelona, 2000, p. 83.

¹³ *Ibidem*, p. 83 ss.

¹⁴ MONTESINO GONZÁLEZ, A., «Espacio público, sociabilidad colectiva y mestizaje cultural» en *La ciudad en el tercer milenio*, Manuel Luna (Ed.), Universidad Privada San Antonio, Murcia, 2002, p. 63.

por Tocqueville, ya para su época, «despotismo administrativo» seguiría plenamente vigente:

«En nuestros días hay mucha gente que se acomoda, muy fácilmente, a esta especie de compromiso entre el despotismo administrativo y la soberanía del pueblo, y que piensa que ha garantizado bastante la libertad de los individuos cuando es al poder nacional a quien la entrega (...) Combinan la centralización y la soberanía del pueblo. Eso les proporciona cierto descanso. Se consuelan por estar bajo tutela, pensando que ellos mismos han elegido a sus tutores. Cada individuo aguanta que le aten, porque ve que no es un hombre ni una clase, sino el mismo pueblo, el que sostiene la punta de la cadena.»¹⁵

Y si esto lo admite para sí, ni que decir tiene que estará dispuesto a admitir mucho más para el otro, sobre todo si es visto como potencialmente peligroso, como enemigo. La administración del miedo¹⁶, que hoy más bien llamaríamos inseguridad, guarda una importante relación con aspectos que inicialmente podríamos suponer alejados como, por ejemplo, la arquitectura y el diseño urbano. Veámos pues cómo el riesgo incide en la ciudad y viceversa.

La nuestra fue calificada en 1986 por Ulrich Beck como la «sociedad del riesgo», expresión que desde entonces hizo fortuna al punto de que muchos la aplicaron a las más variadas disciplinas del conocimiento. De hecho, si bien es verdad que ya para entonces otros sociólogos habían venido empleando con cierta asiduidad el término riesgo como descriptor social, a partir del libro de Beck nadie obvió tal planteamiento. Tal vez porque él lo expone como un «nuevo paradigma», que como tal tendría vocación de totalidad.¹⁷

Las cinco tesis referidas esbozadas por Beck para describirnos la nueva arquitectura social sirven, como se verá, para bosquejar una nueva realidad urbana. Uno: los riesgos generados en el nivel más desarrollado de la producción están abiertos a procesos sociales de definición.¹⁸ En el ámbito urbano suena cada vez con más insistencia el problema de la sostenibilidad de las ciudades. Los expertos menos optimistas no garantizan la supervivencia de las ciudades tal y como hoy las conocemos. Los riesgos ecológicos causados por las concentraciones urbanas a gran escala ponen en entredicho su futuro, los problemas de la contaminación, los desechos, el agua y la energía exigen,

¹⁵ DE TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*, tr. Arroita-Jáuregui, M., Madrid, Orbis, 1985, p. 269.

¹⁶ Sobre el papel del miedo resulta recomendable el trabajo de Raúl Susín «La revalorización del miedo como instrumento de control social. De la inseguridad y otras miserias» en *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica*, BERNUZ, M.^a J., y PÉREZ CEPEDA, A. I., Prensas Universitarias de la Universidad de La Rioja, Logroño, 2006.

¹⁷ BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, tr. J. Navarro et al., Barcelona, Paidós, 1998, p. 25.

¹⁸ *Ibidem*, p. 28.

a su juicio, la adopción de medidas.¹⁹ Dos: las situaciones de peligro causadas por incremento de los riesgos no respetan ni las competencias ni las fronteras estatales. Nuevas desigualdades asoman al panorama internacional pero también al nacional. De nada sirve el esquema de clases sociales cuando de sustancias nocivas se trata.²⁰ Tres: la expansión de los riesgos no sólo no pone en peligro la lógica de producción capitalista sino que le ofrece un nuevo impulso.²¹ El potencial político y económico del riesgo posibilita el aprovechamiento de las contingencias para favorecer el mercado. Los seguros y la seguridad inundan la escena del consumo. Cuatro: el conocimiento exhaustivo de los riesgos concede un importante poder socioeconómico a quienes lo ostentan.²² El potencial político de la administración de dicho saber está aún por descubrir. Quinto: la industrialización y sus consecuencias pierden la consideración de apolíticas. La patente de corso de que habían venido gozando al quedar fuera del circuito de la fiscalización política desaparece. Lo que hasta entonces era visto por la sociedad como el mayor de los parabienes se convierte en objeto de análisis. Así, la consideración permanente de los efectos secundarios de la industria instala la negociación sobre el riesgo de catástrofes en la agenda política. O, como dice Beck, «la sociedad del riesgo es una sociedad catastrófica. En ella, el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado de normalidad.»²³

Las noticias que el ámbito urbano aporta al análisis nos sugieren una ciudad como laboratorio de esa nueva sociedad, al respecto han de sopesarse importantes datos. El vertiginoso fenómeno de urbanización en los países del Sur, cuyo esquema difiere de la pauta seguida tiempo atrás por los países ricos, ha sacrificado sus propias formas de vida seculares y ha conducido a la «frustración y el desarraigo que presentan hoy las grandes conurbaciones de los antiguos países coloniales.» Su esperanza en el vínculo entre industria, modernidad y progreso, obsoleto ya para los países ricos, ha podido más que cualquier otra consideración.²⁴ La concentración de más del 50% de la población mundial en las ciudades cuyo espacio físico no representa ni la centésima parte del total, tendencia que por otra parte no para de crecer, o el crecimiento exponencial de los problemas medioambientales hacen bastante creíble el trasunto de las tesis de Beck al ámbito urbano.

¹⁹ En general la concepción del agua como recurso va dejando paso a su valoración como patrimonio. En cuanto a la energía, todas las cuestiones ambientales importantes tienen una relación directa con ella. En nuestro país, por poner un ejemplo, el 75% del petróleo importado se destina al transporte, fin en el que tiene mucho que ver el diseño y la planificación urbanas. Cfr. M^a SINTES ZAMANILLO, *La ciudad: una revolución posible*, Junta de Castilla y León, 2000, pp. 117-125.

²⁰ BECK, U., *La sociedad del riesgo*, p. 29.

²¹ *Ibidem*, p. 29.

²² *Ibidem*, p. 29.

²³ *Ibidem*, p. 30.

²⁴ NAREDO, J. M., «Ciudades y crisis de civilización», *Documentación social*, núm. 119, (2000), p. 32.

La vorágine urbana que no discrimina entre poblaciones más o menos favorecidas ²⁵ «activa una espiral inseparable del régimen de acumulación económica» donde «las ciudades no respetan ni el ritmo de reposición de los recursos ni los ciclos de vida y de absorción de la biosfera.» ²⁶ Si aplicamos el concepto de «huella ecológica», entendido como cantidad de territorio que precisa una ciudad para satisfacer sus necesidades de energía, recursos y absorción de sus residuos, el planeta no resistiría la prueba. En palabras de Wackernagel, uno de sus creadores, «hay evidencia de que la huella ecológica de la humanidad es más grande que el terreno ecológicamente productivo que tenemos en la Tierra. La consecuencia es la liquidación del capital natural.» ²⁷ Dicho de otro modo, las ciudades no sólo dependen de bienes producidos fuera de ellas sino también de las funciones ecológicas de otras regiones, en ocasiones muy alejadas entre sí. ²⁸ Sin darnos cuenta, por encima de cualquier otra cosa consumimos territorio: el nuestro, el ajeno, el que haga falta.

Visto así a nadie se le escapa que el papel desenvuelto por las ciudades actuales resulta clave para todos y afecta de manera directa al traído y llevado cambio climático. Los criterios que suelen esbozarse para frenar los peligros del mismo incluyen necesariamente la conservación de los recursos energéticos y materiales; el reequilibrio entre Naturaleza y ciudad (conviene recordar que algunos autores hablan de la muerte de la Naturaleza puesto que ningún lugar de la Tierra es ajeno hoy a la acción del hombre); la redistribución de los recursos y servicios sobre el territorio y el desarrollo local dentro del marco global. Junto a estos y cualesquiera otros de naturaleza física o material que puedan añadirseles es necesario considerar la cohesión social como factor clave para la sostenibilidad de un sistema urbano, como mínimo, y tal vez del sistema urbano en su conjunto. ²⁹

La ciudad actual, la llamemos moderna o postmoderna, lo tiene todo diseñado desde la perspectiva de la abundancia. A esas ciudades que lo contienen todo no les faltan las contradicciones. La mayor de

²⁵ Apuntábamos antes que en términos relativos más de un 50% de la población mundial vive en ciudades, sin embargo, ya en 1997 la Comisión Europea estimaba que un 80% de la población de Europa habitaba en ciudades. Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, *Hacia una política urbana de la Unión Europea*, 6 de mayo de 1997.

²⁶ DENCHE MORÓN, C., «La ciudad, paradigma de la nueva crisis. Madrid como ejemplo», *Documentación social*, núm. 119, (2000), p. 43.

²⁷ WACKERNAGEL, M., «¿Ciudades sostenibles?», *Ecología política*, núm. 12 (1996).

²⁸ Según estudios realizados ya en el lejano 1998 la huella ecológica de Barcelona era de 469'7 veces y la de Bilbao de 281'7 veces sus superficies respectivas. Resulta fácil colegir que a mayor tamaño de la ciudad mayor será la superficie ajena de la que ecológicamente habrá de apropiarse para poder subsistir como tal. Al respecto cfr. SALVADOR RUEDA *et al.*, *La ciutat sostenible*, Barcelona, Centre de Cultura Contemporània de Barcelona, 1998.

²⁹ VERDAGUER, C., «De la sostenibilidad a los ecobarrios», en *Documentación Social*, núm. 119, (2000), pp. 67-72.

ellas el nombre. Siempre se entendió por ciudad el enclave donde la diversidad se había apoderado del espacio. La ciudad o «la organización física de la coexistencia»³⁰, pues ambas cosas venían a ser lo mismo, mantiene su nombre, se mantiene como construcción social y cultural que toma forma en una determinada configuración física pero ha perdido, o está en vías de hacerlo, su mayor cualidad endógena: la variedad. La falta de variedad urbana en cualquiera de sus tres aspectos: variedad del soporte físico, variedad social y cultural y variedad de actividades acaba por ser «un indicador de la vulnerabilidad urbana, un síntoma de la falta de cohesión e identidad del área y del inicio de los procesos de desvertebración social.»³¹

Y entonces ¿por qué la ciudad hoy es así? Las cosas no son como son sino como nosotros las hacemos. Con un trasfondo intelectual de sesgo racionalista cartesiano y kantiano el hombre moderno en un alarde de composición lógica se propuso, de un lado, dominar la naturaleza hasta adaptarla a sus deseos y necesidades y, de otro, disciplinar a la sociedad. Ante el progresivo desafío de la complejidad social, especialmente visible en la trama urbana, el hombre –léase príncipe, arquitecto, urbanista o constructor– optó por intentar reducir la complejidad reduciendo la diversidad. El error fue doble. Primero porque es falsa la premisa de que los sistemas complejos son necesariamente más inestables. La lectura que hoy hacemos de la complejidad pasa por traducirla a términos de riesgos y por tanto de seguridad. Pero la lección ofrecida por el medio natural es otra. En la naturaleza, los sistemas complejos –en el sentido de altamente diversos– son los más estables, los más capaces de reaccionar ante los cambios, ante la adversidad (...) La diversidad siempre ha sido una garantía de supervivencia. Por ejemplo, un bosque maduro, rico en especies –complejo en una palabra– tiene, en condiciones naturales, más armas para resistir el paso del tiempo que un cultivo forestal monoespecífico, más sensible a los posibles ataques de una plaga, del fuego o de la sequía.»³²

Errónea la premisa, errada la conclusión. Se pretendió diluir la temida complejidad urbana zonificando. La hipótesis de partida era: si seccionamos la ciudad por zonas dividiremos la complejidad de la misma hasta reducirla. Le Corbusier personificó la idea de garantizar el orden a través de la especialización espacial. No se trataba de conseguir que la política y la arquitectura trabajasen juntas, sino que fuesen la misma cosa. Así lo decía él: «La zonificación, teniendo en cuenta las funciones clave –habitar, trabajar y recrearse– introducirá orden en el espacio urbano. La circulación, esa cuarta función, debe

³⁰ Hago mío el título del trabajo de René Schoonbrodt «La ciudad es la organización física de la coexistencia», *Ciudad y Territorio*, núm. 100-101, (1994), Madrid, MOPTMA.

³¹ GONZÁLEZ GARCÍA, I., «La variedad urbana: Una condición necesaria para la calidad de vida en la ciudad», *Documentación Social*, núm. 119, (2000), p. 133.

³² SINTES ZAMANILLO, M.^a, *op. cit.*, p. 37.

tener un único objetivo: poner a las otras tres en comunicación útil.»³³ «Su visión» trascendió fronteras y regímenes ideológicos, lo mismo en el este que en el oeste, en el norte que en el sur su intento ultrarracionalista de equilibrar la sociedad a base de proyectos y construcciones finalistas se propagó como lo hace el éxito.

Añádase a ese planteamiento la generalización de la urbanización y el fenómeno de dimensión global por el que el precio del suelo urbano se ha convertido en el factor determinante del desarrollo de la ciudad y de la satisfacción del derecho a la vivienda.³⁴ El desenlace está servido. Sin lugar para la espontaneidad ni la mezcla, la ciudad clásica da paso a un conjunto compuesto por áreas con un alto grado de uniformidad interna. A base de prever y clasificar los espacios según los niveles de renta y las funciones se reinventan los guetos, segregaciones económicas que dan paso a apartamentos étnicos y raciales.³⁵ Guetos estructurales de efectos imprevisibles como paliativo de la malhadada complejidad.

En esa tesitura, la relaciones espacio-sociedad y espacio-Estado se ven mutuamente afectadas. Entre tanto el mercado ha asumido el papel de portador de la racionalidad convirtiendo el espacio en mercancía (el turismo es buena prueba de ello)³⁶ lo cual ha liberado la frenética actividad de promotores inmobiliarios. Y ese, como todos los cambios económicos, es también un cambio cultural.³⁷ En esas circunstancias la publicidad y los medios de comunicación de masas lo han invadido todo y, a lo que parece, han venido para quedarse. Sus efectos sobre la ciudad

³³ LE CORBUSIER, *Principios de urbanismo*, tr. Capella, J. R., Ariel, Barcelona, 1989, pp. 124 y 125. Para un análisis más detallado de esa cuestión cfr. GONZÁLEZ ORDOVÁS, M.^a J., *Políticas y estrategias urbanas. La distribución del espacio privado y público en la ciudad*, Fundamentos, Madrid, pp. 98-120.

³⁴ «La escalada de precios es preocupante, ya que el auge inmobiliario internacional es un subproducto de la globalización (...) Los mercados financieros (...) son cada vez más abiertos e internacionales y están vinculados. Las políticas de los tipos de interés en el mundo industrializado tienden a avanzar al unísono, generalmente encabezadas por EE.UU.», LOHR, S., «La vivienda, una obsesión global. La burbuja inmobiliaria se cierne sobre la economía mundial», *The New York Times-El País*, 23 de junio de 2005.

³⁵ Así se explica en el artículo de DE ESTEBAN, A., y PERELLÓ, S., «Los nuevos guetos urbanos», *Temas para el debate*, núm. 136, (2006). El mayor gueto urbano del mundo occidental es North Kenwood, perímetro comprendido entre las calles 47 a 61 de Chicago, «ocupado exclusivamente por una población negra, el 70 por ciento de la cual vive por debajo de los mínimos oficiales de pobreza.» A partir de la calle 61 una línea invisible divide en dos la calzada, el lado derecho es Hyde Park, todo está bien conservado y en su sitio: la basura recogida y los coches bien aparcados, en la acera izquierda, en cambio, la mayoría de los edificios presentan ruina, la acera está hundida y muchos coches abandonados. Carlos Sambricio, «De Metrópolis a Blade Runner: dos imágenes urbanas de futuro», *Revista de Occidente*, núm. 185, (1996), pp. 56 y 57.

³⁶ «Se trata de espacios dominados por estrategias de marketing (...) campo donde lo homogéneo triunfa consecuencia de la repetición indefinida de un modelo que reduce la realidad a simulacro», FANI ALESSANDRI, A., «Nuevas contradicciones del espacio», *Revista Litorales*, núm. 4, (2004), p. 4 ss.

³⁷ JAMESON, F., «El ladrillo y el globo: arquitectura, idealismo y especulación inmobiliaria», *New Left Review*, Akal, Madrid, núm. 0, (2000), p. 171.

han resultado perversos, desde luego ambos han influido al punto que ni el espacio público es ya el espectáculo que fue, ni el privado el secreto mejor guardado. «La distinción entre un interior y un exterior, que describía acertadamente la escena doméstica de los objetos y la de un espacio simbólico del sujeto se ha borrado en una doble obscenidad: la actividad más íntima de nuestra vida se convierte en pasto habitual de los media (...) pero también el universo entero acude a desplegarse innecesariamente en nuestra pantalla doméstica.» El concepto clásico de distancia, tan básico en cualquier composición espacial, salta por los aires mientras el tiempo y el paisaje como escena desaparecen. El cambio de escala es evidente.³⁸ Es la «euforia del presente puro.»³⁹

Progresivamente la lógica de la economía inmobiliaria condicionada más por los servicios que por la producción misma comanda los proyectos urbanos bajo la próspera consigna de crear oasis de orden. Cosa más fácil de alcanzar si se logra que el interior de dichos oasis sólo esté habitado por ciudadanos homogéneos pues así sus relaciones serán también semejantes y por tanto, equilibradas y sin conflictos. Ese cierre a lo(s) diferente(s) de ciertos modelos urbanísticos en aras del aumento de la seguridad desarticula y fragmenta la ciudad dificultando la convivencia. El apego a lo geométrico y lo estanco como referentes de lo bello y lo ordenado enmascara el verdadero fin: la seguridad. Se sacrifica «la idea crucial de la contradicción»⁴⁰ en favor de la homogeneidad de las partes.

Es como si la evolución y la imperfección asustasen y, sin embargo la ciudad, «el mayor complejo social creado por y para el hombre»⁴¹ nunca fue un producto acabado. Ambas cosas –ciudad y perfección– son en sí mismas incompatibles, podemos intentarlo pero no conseguiremos erradicar el componente de conflicto que la convivencia social entraña. La sociedad no puede dejar de ser heterogénea, sólo visionarios totalitarios que ponen la forma urbana al servicio de sus pseudoutopías pueden pretender lo contrario.

Paradójicamente la seguridad jurídica, forma evolucionada de la seguridad, no es precisamente la regla que caracteriza al urbanismo en general y al planeamiento en particular. El propio derecho urbanístico lesiona tal principio al aplicar sin dosificar «la formulación casi mágica del *ius variandi*» tomada de la contratación administrativa. De hecho, en ningún otro campo como el urbanismo la Administración usa su prerrogativa de variar las condiciones de una situación jurídica, siendo la alterabilidad incontrolada del plan la primera causa de tal inseguridad. Si bien es verdad que «el plan no puede ser rígido e inmutable ante la movilidad y evolución del fenómeno urbano» no es menos

³⁸ BAUDRILLARD, J., *El otro por sí mismo*, tr. Jordá, J., Anagrama, Barcelona, 1988, pp. 15 y 16.

³⁹ LIPOVETSKY, G., *op. cit.*, p. 71.

⁴⁰ JAMESON, F., *op. cit.*, p. 170.

⁴¹ CORTIÑAS-PELÁEZ, L., «Derechos humanos y urbanismo (De una axiología constitucional vulnerada)», p. 30.

cierto que «la potestad revisora de la Administración debe someterse a ciertos límites que garanticen la estabilidad básica de la ordenación y del régimen del uso del suelo.»⁴² Por otra parte, poco ayuda «el abuso de la presunción legal de que todo lo que decide la Administración urbanística a través de la elaboración o la modificación de un plan es de interés general.»⁴³

2. CUANDO EL OTRO ES VISTO COMO UN RIESGO

Ver en el diferente un peligro potencial no responde a la filosofía clásica del pesimismo antropológico sino más bien de la desconfianza. La primacía de los derechos individuales sobre las obligaciones colectivas, propicia una débil querencia a las leyes y un eclipse de la moral. La eficacia normativa de las disposiciones que prevén la satisfacción de prerrogativas individuales no se cuestiona, en cambio la de aquellas disposiciones cuyo objeto consiste en la protección de necesidades sociales no goza de la misma aquiescencia. En esa tesitura «la tendencia preponderante es el caos organizador.»⁴⁴ Y de nuevo la paradoja: por un lado se pretende microrregular el paisaje urbano para reducir los riesgos antrópicos y por otro «el crepúsculo del deber» conduce a una disolución de los vínculos sociales que favorece la disgregación y el desorden.

Para empezar la existencia del otro, el distinto a mí y los míos, detrae de las arcas públicas fondos que deberían garantizar la satisfacción de mis necesidades y las de los afines a mí. Cualquier distracción de tales recursos es visto como mero despilfarro. Pero no es en el ámbito financiero sino en el punitivo donde con más claridad puede verse el rechazo al diferente por la desconfianza que suscita. Convivir con quienes no compartimos valores, nacionalidad, color... provoca un sensación (por tanto subjetiva) de riesgo que desencadena una intensa demanda social de seguridad. Ella fundamenta la fascinación de diversas organizaciones sociales por el Derecho Penal explicable en buena medida por la utilidad psico-social de la pena percibida como único correctivo ejemplarizante capaz de apaciguar la desazón social causada por la inseguridad.⁴⁵ Las expectativas despertadas desembocan en la Expansión del Derecho Penal⁴⁶, esto es, la extensión e

⁴² PERALES MADUEÑO, F. «El planeamiento urbanístico y la protección de los derechos individuales» en VV.AA., *Urbanismo: función pública y protección de derechos individuales*, Civitas, Madrid, 1998, p. 61.

⁴³ *Ibidem*, p. 62.

⁴⁴ LIPOVETSKY, G., *op. cit.*, p. 63.

⁴⁵ Al respecto cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, et al., «La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura», en Da Agra, C., et al. (Eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, pp.11, 127 y 133.

⁴⁶ Me sirvo del título y la idea del conocido libro de SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Madrid, Civitas, 1999.

intensificación del mismo que someten a una presión excesiva a los principios garantistas clásicos de legalidad y presunción de inocencia que culmina en una criminalización del potencialmente peligroso. Y junto a ello: «el predominio de las estructuras típicas de simple actividad ligadas a delitos de peligro (...) la anticipación del momento de intervención penal (...) y significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales y procesales.»⁴⁷

Y «el resultado es desalentador. Porque la visión del Derecho Penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, supone una expansión *ad absurdum* de la otrora *ultima ratio*. Pero sobre todo porque, además, tal expansión es inútil en buena medida»⁴⁸ admitiéndose, para colmo, «ciertas pérdidas en el principio de seguridad jurídica»⁴⁹. La contradicción salta a la vista, el propio legislador se ha percatado de ella como queda reflejado en la Exposición de motivos de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal español: «se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminado, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser.»⁵⁰ Asistimos pues a la inundación del Derecho Penal que muere de éxito y a la versión actualizada del despotismo administrativo de que hablaba Tocqueville dado el proceso de administrativización en que se halla inmerso el Derecho Penal que por asumir «el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador» incluso «se convierte en un Derecho de gestión ordinaria de problemas sociales.»⁵¹

Del «pienso, luego existo cartesiano» se pasa al «desconfía y existirás» traducido en una demanda social de mayor protección que se canaliza en una pretensión punitiva de dimensiones tales que su irracionalidad afecta hasta alterar nuestro ámbito cultural. Es fiel reflejo de la lógica de la acumulación y la abundancia, de la época del «Y»⁵², del «más vale más» que influye también, cómo no, en la concepción del castigo. Lo cual tal vez podría explicarse, que no justificarse, si están en lo cierto quienes aseguran que «en estos días el odio es gene-

⁴⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 5.

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho penal*, p. 45.

⁴⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, p. 5.

⁵⁰ «BOE», núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; corrección de errores en «BOE», núm. 54, de 2 de marzo de 1996.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *La expansión del Derecho penal*, p. 107.

⁵² «Y» es el breve título del ensayo de KANDINSKY, V., en *Essays ubre Kunst und Künstler*, Zurich, 1955, del que se sirve Beck para hablar de la nuestra como la época del «esto y lo otro» frente a la inmediatamente anterior como etapa del «esto o lo otro».

ralizado.» Es probable que «en un principio el odiado ‘otro’ fuera siempre el vecino; y sólo después de constituida una comunidad con identidad propia se llegara a declarar enemigo al forastero.»⁵³ Sea así o no, las diferentes fórmulas aplicadas por los urbanistas para combatir la inseguridad o la impresión de la misma pueden reconducirse a dos grandes estrategias: la transparencia o el cierre. En ese sentido serían «transparentes» los recorridos urbanos diáfanos y sin recovecos en los que la actividad llama al tránsito y la vigilancia formal (cuerpos de seguridad) o informal (comerciantes, viandantes...) inspiran gran confianza. La iluminación y todos los signos posibles de que en la zona no hay impunidad (limpieza, reparación de equipamientos, eliminación de graffitis...) son los servicios sociales más valorados.⁵⁴ Más actual y drástica, la otra opción antiurbanista más que urbanística goza de un gran predicamento. Se trata del ‘exclusivo’ fenómeno de las ciudades privadas, esto es, comunidad que se enroca como recinto herméticamente cerrado y que quiere apartarse de la ciudad, el crimen y la presencia o proximidad de los pobres. En estado puro la ciudad privada, con «accesos y calles vigiladas, administrados no ya por ayuntamientos sino por asociaciones privadas», llega a «militarizar el espacio», legisla y reglamenta la conducta de quienes residen y de quienes visitan el dominio, se «independiza del Estado» y eso sí es «una de las evoluciones más importantes de nuestro tiempo.»⁵⁵ Evidentemente el resultado de tales archipiélagos de orden y seguridad es el abandono de sus residentes de todo tipo de compromiso con el resto de la ciudad y, por extensión, de la sociedad.

Dadas las circunstancias, con guetos estructurales para los más pobres y otro tipo de guetos, pero guetos al fin, para los más ricos donde la identidad resulta del estilo de vida, habría que pensar hasta qué punto tal situación puede llegar a la rebeldía de algunos sectores de la población. En 1986 ya hablaba Beck de las reacciones anómicas de los jóvenes especialmente en las grandes ciudades⁵⁶ y eso que quedaban lejos aún los disturbios de la *banlieue* de París y otras ciudades que desde octubre de 2005 a enero de 2006 asolaron las noches francesas.⁵⁷ En ese y otros casos la multitud, potencialmente peligro-

⁵³ DEL CAZ, R.; GIBOSOS, P.; y SARAVIA, M., *La ciudad y los derechos humanos. Una modesta proposición sobre derechos humanos y práctica urbanística*, Talasa, 2002, Madrid, p. 20.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 20.

⁵⁵ El último proyecto de que tenemos noticia es la propuesta de Disney de construir en Florida, cerca de Disneyworld, la mayor de las ciudades privadas americanas «Celebration», 8.000 viviendas para albergar a 20.000 habitantes, SAMBRICIO, C., *op. cit.*, p. 61.

⁵⁶ BECK, U., *op. cit.*, p. 194. Para aproximarse algo más al concepto de anomia cfr. GONZÁLEZ ORDOVÁS, M.^a, J., *Ineficacia, anomia y fuentes del Derecho*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2003.

⁵⁷ Beve cronología de lo sucedido: el 27 de octubre comienza una violencia que alcanza tal grado que el 8 de noviembre el presidente de la República declara el estado de emergencia que le permite imponer el toque de queda en las ciudades afectadas, medida excepcional que no se aplicaba desde 1955 y que da poderes adicionales a la

sa, se convierte en problema de orden público al que se responde con una doble estrategia: el refuerzo del sistema represivo institucional y el incremento de la defensa privada. De ambas en un combinado de segregación y disciplina se espera que difundan un clima de paz que ahuyente el delito e imponga ley y orden.⁵⁸ Sin compensar la premeditada falta de variedad, a falta de ese «conjunto de elementos urbanos que posibilitan la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos» aumenta la vulnerabilidad y el miedo porque el espacio se hace más propicio para los riesgos y, por ello, más ingobernable.

En todo caso, tal vez convenga recordar que, en esa compleja construcción social que es la inseguridad ciudadana, el sentimiento de riesgo no tiene equivalencia alguna con la inseguridad objetiva, al menos en los países europeos, donde «aunque la población piense exactamente lo contrario, el riesgo de ser víctimas de una agresión física es hoy muy inferior a lo que era hace un siglo. En Italia, por ejemplo, a finales del siglo XIX la tasa de homicidios por habitante era similar a la que presenta actualmente Colombia, quizá el país más violento del mundo.»⁵⁹

3. HUÉRFANOS DE DOGMAS

Alterados los principios fundantes de nuestra sociedad, débiles los deberes, debilitado el pensamiento social e inservibles los datos para comprender, todo queda en manos de «guerras hermenéuticas y disputas de interpretación»⁶⁰, entonces (o sea ahora) «el encuentro con lo «otro» no puede ser más que de tipo estético.»⁶¹ La Razón se hace Estética y en su progresión de sustituir a la Ética alcanza a la ciudad. «El resultado es un escenario metropolitano impregnado de un esteticismo difundido basado en los deseos, en las sensaciones y en la inmediatez»⁶². El gusto se eleva a criterio organizador (el miedo generalizado ya lo había hecho)⁶³ y por ello la ciudad añade a su papel de

policía contra la revuelta. Tras más de dos meses de violencia el presidente levanta el estado de emergencia a partir del 4 de enero de 2006 con un saldo inquietante: 10.000 coches incendiados, numerosos destrozos en edificios públicos, agresiones, más de 3.000 detenidos y 800 condenados.

⁵⁸ Tal vez convenga recordar que la policía no se creó para proteger a la población de la criminalidad sino para disciplinar la ciudad en un concreto momento histórico en que el control social se destinaba a dominar las masas que desde el campo llegaban y abarrotaban la ciudad. En tal sentido cfr. MELOSSI, D., y PAVARINI, M., *Carcere e fabbrica. Alle origine del sistema penitenziario*, Bologna, Il Mulino, 1977.

⁵⁹ NAREDO MOLERO, M.^a, «Seguridad urbana y miedo al crimen», *Documentación social*, núm. 119, (2000), p.152.

⁶⁰ INNERARITY, D., *La sociedad invisible*, Madrid, Espasa Calpe, 2004, p. 33.

⁶¹ AMÉNDOLA, G., *La ciudad postmoderna*, trs. García Vergaray, M. y Sustersic, P., Celeste, Madrid, 1998, p.149

⁶² *Ibidem*, p.149.

⁶³ *Ibidem*, pp.150 y 319.

«espejo» social el de «disfraz» y «simulacro». No sólo reproduce y refleja la sociedad a la que alberga, su maestría para «ocultar, disimular, y marcar una separación entre imagen y realidad» la convierten también en disfraz e incluso se convierte en ciudad-simulacro porque en ella «la imaginación precede a la realidad, el mapa al territorio, el signo al objeto.»⁶⁴ Es así como el *Homo Aestheticus* y el *Homo Ludens* se sitúan al lado del *Homo Oeconomicus* y ya no hay vuelta atrás⁶⁵. Sólo la combinación de dichas facetas proporcionará la felicidad. De nuevo volvemos a ella, ahora por la vía de la evasión y el consumo. Con la ciudad blindada el sueño urbano ya no se produce en las calles, plazas y paseos hay un nuevo espacio para una nueva sociabilidad. Nos conocemos y reconocemos en otros iconos: los grandes almacenes, los parques temáticos, las Exposiciones Universales, las Olimpíadas ... Los excluidos de esos escenarios son, en realidad los excluidos del mundo.

La tendencial confusión entre consumo, arte e incluso historia también pervierte el cabal sentido de lo urbano. Estados Unidos ofrece muestras que ponen los pelos de punta. Williamsburg, por ejemplo, es una ciudad que ha sido enteramente «resucitada», noventa de sus edificios son los originales del XVIII aunque han sido plenamente restaurados, el resto se han edificado como si no hubieran pasado dos siglos. «Durante toda la visita no hay nada en Williamsburg que pueda hacer pensar al turista en la ficción o la representación: la basura es inmediatamente eliminada, cualquier anuncio que pueda recordar a la contemporaneidad ha sido prohibido, los coches y los autocares no son visibles desde la ciudad, hasta los guías se cambian de continuo e instruyen para evitar que su explicación parezca demasiado profesional y aprendida de memoria.»⁶⁶

Entiendo que el caso valdría como prueba de lo que desde la antropología se ha dado en llamar la «museización de la ciudad y estetización del consumo» y que no tiene que ver con el hecho de que la ciudad haya sido fuente de inspiración del arte moderno sino con el doble consumo o consumo de segundo orden que en ella se produce. Esto es, «consumimos estéticamente aquello que, previamente, ya se ha consumido en modo de uso: consumo sobre consumo. Los objetos cotidianos se observan ahora desde otra perspectiva. Si en las teorías postmodernas del arte todo puede ser arte, es decir, todo es susceptible de ser observado como si fuera una obra de arte» en la ciudad «todo es

⁶⁴ *Ibidem*, p.161.

⁶⁵ *Ibidem*, p.183.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 239 y 249. El caso de Williamsburg no es único pero su peculiaridad radica en que ha ido más allá de la reconstrucción de la historia americana. En su museo Busch Park el lema es «Este año puedes visitar Inglaterra, Francia, Alemania e Italia sin moverte de los USA». De hecho contiene cuatro pueblos «típicos» –Banbury Cross, Aquitaine, Rhinefield y San Marco– imitaciones fieles a partir de la idea que el público medio norteamericano tiene de la Europa Histórica.

susceptible de ser consumido estéticamente.»⁶⁷ Es una «metamorfosis de la mirada» que a todo llega y alcanza porque todo es susceptible de ser contemplado, admirado y consumido.⁶⁸

Cada sociedad produce su tipo de espacio y cultiva sus propios miedos. Sea por la propagación de la incertidumbre y el riesgo, sea por la incapacidad institucional para gobernar la sociedad parece que habrá que acostumbrarse a «vivir en un mundo más cercano al caos que al orden.»⁶⁹ La ciudad de este siglo será diferente a cuantas formas urbanas y urbanísticas le precedieron, incluso hay partidarios de designar a esa nueva realidad con un nombre distinto al de ciudad por tratarse de distintos fenómenos.⁷⁰ Es verdad que las formas de sociabilidad tampoco serán las mismas con un ciudadano replegado hacia los ámbitos cerrados y menos dado a la participación en la res pública y más al consumo.⁷¹ Tal vez se trate de la negación que cualquier estado o cosa precisa para existir, según Spinoza señalara en su *Ética*. Esto es, que todo requiere y hasta depende de su negación. O tal vez del poder de la flexibilidad. Sea lo que fuere, a tenor de lo visto hasta aquí, ésas serían conclusiones que estaría dispuesta a aceptar. Y como aspiración: articular *polis* y *urbs*⁷² de modo adecuado a las nuevas realidades. Que la ciudad no sea Estado sin sociedad ni sociedad sin Estado, que la forma urbana no sea consagración legitimante de la desigualdad, que la administración de lo público procure los máximos niveles de justicia sin impedir la espontaneidad que en lo político llamamos libertad. Porque Simmel⁷³ estaba en lo cierto y no hay compromiso moral sin observación, hay que advertir que el tiempo en que «existía una correspondencia exacta entre Estado, nación, territorio, patria, lengua, cultura y, por ende ciudad», ya no sigue. «El esquema se ha roto y la expectativa que se presenta es, cuando menos, sorprendente.»⁷⁴

⁶⁷ HERNÁNDEZ NAVARRO, M. A., «La ciudad museizada: la aparición del objeto simbiótico», *La ciudad en el tercer milenio*, op. cit. p. 277.

⁶⁸ Tomo la expresión de ZUNZUNEGUI, S., *El museo como espacio del sentido. Metamorfosis de la mirada*, Alfar, Sevilla, 1990.

⁶⁹ INNERARITY, D., *La sociedad invisible*, op. cit., p. 15.

⁷⁰ Al respecto cfr. ALEDO TUR, A., «Desigualdad, urbanismo y medio ambiente: la primera urbanización», *La ciudad en el tercer milenio*, op. cit., p. 153.

⁷¹ MONTESINO GONZÁLEZ, A., «Espacio público, sociabilidad colectiva y mestizaje cultural», op. cit., pp. 66 y 67.

⁷² DELGADO, M., *El animal público*, Barcelona, Anagrama, 1999, pp. 179 y 193.

⁷³ SIMMEL, G., «El problema de la Sociología», en *Sociología. Estudios sobre las formas de socialización*, 2 vol., Alianza Universidad, Madrid, 1986.

⁷⁴ SAMBRICIO, C., *De Metrópolis a Blade Runner: dos imágenes urbanas del futuro*, op. cit., 62.

Autonomía de ramas jurídicas y aplicación de normas

Por GUILLERMO LARIGUET*
Universidad de Córdoba (Argentina)

RESUMEN

La aplicación de normas es un tópico central en la discusión filosófica contemporánea, especialmente entre positivistas jurídicos y iusnaturalistas. La discusión versa sobre diferentes cuestiones. Por ejemplo, la relación entre derecho y moral, la relación entre validez jurídica y pertenencia de normas, validez jurídica y eficacia y acerca de la derrotabilidad de las normas. Sin embargo, un punto poco explorado en esta discusión es acerca del rol de una idea frecuentemente usada por los juristas, la idea de autonomía de ramas jurídicas. En este ensayo estoy interesado en mostrar qué rol juega esta idea en el contexto de la dogmática jurídica y la labor judicial.

Palabras clave: *Autonomía de ramas jurídicas, Aplicación de normas, Rol de los conceptos y principios jurídicos, Tipos de casos, Normas de aplicabilidad externa, Normas externa e internamente aplicables.*

ABSTRACT

The application of norms is a central topic in contemporary philosophical discussion, especially among legal positivists and natural law theorists. The discussion is about different questions. For instance, about the relationship between law and morality, about the relationship between legal validity and the quality usually ascribed to legal norms of belonging to normative sys-

* Investigador de Conicet. Profesor de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y de Teoría de la Argumentación Jurídica de la Universidad Empresarial Siglo 21. El presente trabajo es parte de mi tesis de doctorado defendida en la Universidad Nacional de Córdoba. Agradezco al Profesor Ricardo Caracciolo, quien fuera el director de mi investigación de doctorado, por sus detalladas y estimulantes observaciones.

tems, about the relationship between legal validity and efficacy, and about the defeasibility of norms. However, there is one issue that has not been explored extensively in this discussion. It is the issue of the role of an idea frequently used by lawyers, namely the idea of autonomy of legal branches. In this essay I am interested in showing what role this idea plays in the context of legal dogmatics and the work of judges.

Key words: Autonomy of legal branches, Application of norms, Role of concepts and legal principles, Types of cases, Norms of external applicability, Externally and internally applicable norms.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CRITERIOS SOBRE NORMAS APLICABLES. 3. LA FUNCIÓN DE LOS CONCEPTOS EN LA CARACTERIZACIÓN DE CASOS Y SELECCIÓN DE SISTEMAS NORMATIVOS APLICABLES. 4. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN LA CARACTERIZACIÓN DE CASOS Y SELECCIÓN DE SISTEMAS NORMATIVOS APLICABLES.

1. INTRODUCCIÓN

Bajo la cuestión de aplicación de normas los filósofos del derecho discuten numerosos y diferentes problemas. Por ejemplo, cuáles son las relaciones entre pertenencia y aplicabilidad de normas¹, entre aplicabilidad y eficacia², cómo incide la noción de derrotabilidad en la reconstrucción de las normas aplicables, qué papel juega la moral en la aplicación del derecho a ciertos casos, etc. Al mismo tiempo, en un plano más abstracto, la cuestión de la aplicación ha sido utilizada como un arma con la cual positivistas y iusnaturalistas han tratado de objetar la caracterización del derecho de unos y otros, respectivamente. En esta línea, algunos filósofos han recurrido a cierta reconstrucción de la aplicación de normas como un test para determinar si una teoría general del derecho es *completa* o no³.

¹ Eugenio Bulygin ha analizado con profundidad esta relación. Respecto de ella ha mostrado que puede ocurrir que las normas que interesan al jurista, por ejemplo un penalista, *pertenezcan al sistema* que éste ha reconstruido pero *no resulten aplicables*, como suele ocurrir con los períodos de *vacatio legis* como los que experimentó el código penal argentino que fue sancionado el 29 de octubre de 1921 pero comenzó a regir a partir del 29 de abril de 1922 (seis meses después). Muchas veces ocurre también que, pese a que las normas han sido derogadas, (esto es, pese a que *ya no pertenecen al derecho*) ellas *resultan aplicables*. Esto ocurre cuando los iuspenalistas aplican el criterio de irretroactividad de la ley penal, el cual, a su vez, puede ser modificado por el criterio de ley penal más benigna y, ambos, ser modificados por el criterio de leyes penales temporarias. (Cfr. BULYGIN, E., «Tiempo y Validez», en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 199-204).

² Cfr. NAVARRO, P. y MORESO JOSÉ., J., «Aplicabilidad y Eficacia de las Normas Jurídicas», *Isonomía*, núm. 5, México, 1996.

³ En cuanto «implica» una teoría del «razonamiento jurídico». Véase por ejemplo ATRIA, F., «El Derecho y el Razonamiento Jurídico», *Doxa*, 22, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, pp. 83 ss.

No obstante los importantes avances que se han producido en la filosofía del derecho a partir de la discusión de los mencionados problemas, todavía existen cuestiones por explorar. En este sentido, un problema que no ha sido suficientemente explorado es el del papel que la *idea de autonomía de ramas jurídicas juega con respecto a la aplicación de normas*.

Pese a no haber realizado un análisis sistemático de este papel, un filósofo de la talla de Ronald Dworkin percibió su importancia.

En efecto, según Dworkin «la compartimentalización del derecho en departamentos separados», a los cuales los juristas suelen adjudicar «prioridad local» en su aplicación a ciertos casos, forma parte de una «característica prominente» de la práctica jurídica⁴.

Si Dworkin tiene razón en sostener que la idea de autonomía es una característica prominente es necesario, entonces, reconstruir esta práctica de división del derecho en sectores autónomos bajo «su mejor luz»⁵. En términos de Dworkin, la idea de «mejor luz» implicaría que la explicación que se ofrezca de la práctica de la autonomía debe lograr un «equilibrio entre la práctica tal como se encuentra y su mejor justificación subyacente»⁶.

Para llevar a cabo esta reconstrucción, mi objetivo general para este trabajo consistirá en el análisis del papel que esta tradición de dividir al derecho en sectores, disciplinas, departamentos o departamentos autónomos juega con respecto a dos cuestiones: *a*) caracterización de casos como «civiles», «laborales», «aeronáuticos», «ambientales», etc., *b*) la determinación de un sistema de normas aplicables.

Este objetivo general se puede desagregar en los siguientes objetivos específicos.

Primero, explicaré los criterios de selección de normas aplicables que tengo en mente.

Segundo, profundizaré en ciertas funciones que los conceptos cumplen respecto de la caracterización de casos y determinación de sistemas normativos aplicables.

⁴ «The *compartmentalization* of law into *separate departments* is a *prominent feature of legal practice*. Law schools divide courts and their library divide treatises to distinguish emotional from economic or physical injury, intentional from unintentional torts, tort from crime, contract from other parts of common law, private from public law, and constitutional law from other parts of public law. Legal and judicial arguments respect these traditional divisions. Judicial opinions normally begin by assigning the case in hand to some department of law, and the precedents and statutes considered are usually drawn exclusively from department. Often the initial classification is both controversial and crucial». (Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*, Fontana Press, London, 1986, p. 251).

⁵ DWORKIN lo sostiene diciendo que «...a constructive interpretation of compartmentalization... he tries to find an explanation of the practice of dividing law into departments that shows that practice in its best light». DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, pp. 251, 252.

⁶ DWORKIN, R., *op. cit.*, p. 90.

Tercero, examinaré de forma muy general el papel que los principios cumplen con respecto a la discusión sobre cuál sistema normativo debe eventualmente ser aplicado.

2. CRITERIOS SOBRE NORMAS APLICABLES

Confeccionar una lista completa de criterios sobre normas aplicables es una tarea que no necesito encarar aquí. Sólo necesito concentrarme en aquellos criterios que me ayuden a mostrar el papel de la autonomía en la caracterización de casos y sistemas normativos aplicables. Para esto voy a concebir un *ejemplo hipotético* como el siguiente. Piénsese en una situación en que debido a una ruptura intempestiva de contrato hay que indemnizar a la persona que realizaba un trabajo o prestaba un servicio determinado.

Cuando menos aquí se podrían presentar dos tipos de preguntas que es clarificador separar:

I) La persona que rompe intempestivamente el contrato ¿debe indemnizar?

II) ¿Sobre la base de qué criterios normativos se debe calcular el monto de la indemnización?

Como es obvio, la pregunta II) presupone que la pregunta I) ha sido respondida en forma afirmativa. En lo que sigue, me detendré en la cuestión planteada por la pregunta II).

Para responder II) los juristas tienen que afrontar el problema de determinar las normas o sistemas normativos aplicables. Aquí pretendo mostrar el *vínculo* entre este problema y el papel de la idea de autonomía presupuesta en el trabajo de interpretación de los juristas.

A este efecto, supóngase que los juristas que tienen entre manos la situación descrita arriba, tienen un desacuerdo acerca del *sistema de normas que deben aplicar*. Este desacuerdo tiene su origen en uno de carácter previo que me interesa particularmente destacar: ¿Bajo qué figura contractual se debería clasificar esta situación? ¿Bajo el «contrato de trabajo» del derecho laboral o bajo el «contrato de locación de servicios» del derecho civil?

Una de las cuestiones que intentaré poner de relieve en este trabajo es que la respuesta a esta pregunta es sumamente relevante para la práctica porque si la situación se clasifica como un «caso civil» subsumiéndola bajo el contrato de «locación de servicios» los juristas deberán tener en cuenta, a efectos de computar el monto de la indemnización, la *norma vigente* al «momento de celebración del contrato»; si, por el contrario, la situación se clasifica como un «caso laboral» subsumiéndola bajo el «contrato de trabajo» los juristas deberán tener en cuenta, a efectos de computar el monto de la indemnización, la *norma vigente* al «momento del despido».

Tal como queda planteado en esta situación hipotética, un problema que subyace de manera permanente a la práctica jurídica, y que resulta desatendido por los filósofos del derecho, tiene que ver, precisamente, con determinar si situaciones como la de ruptura intempestiva del contrato se pueden clasificar como *casos civiles* o como *casos laborales*. Mi idea es que este problema resulta de sumo interés porque de la respuesta que se le conceda *depende*, al menos parcialmente, la *selección del conjunto de normas aplicable* para el caso. A este respecto, y en vinculación con la idea de autonomía, hay dos puntos que estoy interesado en mostrar. El *primero* es que la clasificación de un caso como «civil» o «laboral» depende de ciertos *conceptos* reconstruidos por los juristas. Así, la idea sería que si la situación (que de aquí en más voy a llamar «c») se puede clasificar bajo el concepto de «contrato de locación de servicios», que aquí consideraré es relativo a la rama «derecho civil», entonces «c» es un «caso civil»; si, por el contrario, «c» se puede clasificar bajo el concepto de «trabajo», que aquí consideraré es relativo a la rama del «derecho laboral», entonces «c» es un «caso laboral»; el *segundo* punto es que si «c» es un «caso civil», entonces *deben ser preferidas o aplicadas prioritariamente* las normas pertinentes del derecho civil; si «c» es un «caso laboral», entonces *deben ser preferidas o aplicadas prioritariamente* las normas pertinentes del derecho laboral.

Aquí, sin embargo, hay un inconveniente que hay que superar rápidamente. El paso del punto uno al punto dos no se justifica sin más. No basta con los conceptos para afirmar, por ejemplo, que «si la situación «c» se clasifica como civil, *deben ser aplicadas prioritariamente* las normas pertinentes del derecho civil». Con otras palabras, la afirmación de que si el caso es «civil» se deben aplicar prioritariamente las normas pertinentes del derecho civil no puede apoyarse solamente en los conceptos y su papel clasificatorio de situaciones. La afirmación contenida en la frase «*deben*» aplicarse las normas N1 o N2» no puede surgir sólo de conceptos sino de éstos en vinculación con ciertas normas que más adelante voy a tratar bajo la denominación de «meta-normas» o «normas de aplicabilidad externa». Téngase en cuenta al respecto que la autonomía de una rama no tiene que ver sólo con la existencia de un aparato conceptual propio; también tiene que ver con la existencia de meta-normas o normas de aplicabilidad externa. Entonces, para que el paso del punto 1 al 2 esté lógicamente justificado hay que mostrar que la *respuesta* a la pregunta acerca de cuál sistema normativo debe eventualmente ser aplicado *depende* de «ciertos conceptos + ciertas meta-normas» que forman parte de la «práctica de dividir al derecho en sectores o departamentos autónomos». A esto hay que añadir un punto más. Como mostraré más adelante, la respuesta acerca de qué sistema normativo debe ser aplicado suele depender, además de conceptos y meta-normas, de lo que los juristas denominan «principios». Ciertos principios, asociados a determinadas razones o propósitos de las normas consideradas, suelen jugar un

papel especial en cuanto a decidir qué clasificación del caso se *debería usar*, en función, por ejemplo, de los «resultados» a los que ésta llevaría. De este tema me ocuparé más adelante. Ahora deseo concentrarme en explicar, por un lado, cómo podría operar el proceso de determinar el sistema normativo aplicable para el caso y, por el otro, cómo se relaciona cada fase de este proceso con la idea de autonomía. Para esta explicación es útil precisar ciertas herramientas que emplearé. Aquí voy a distinguir entre el nivel de: i) los conceptos reconstruidos por los juristas para clasificar la situación «c» como un caso civil o laboral; ii) los principios que los juristas reconstruyen para evaluar qué clasificación conceptual usar; iii) las meta-normas que establecen qué normas se deben tener en cuenta para calcular el monto de la indemnización y iv) las normas que se deben emplear para calcular dicho monto.

A las meta-normas (iii) voy a denominarlas «normas de aplicabilidad externa» y a las normas (iv) que, conforme dichas meta-normas, deben aplicarse, «normas externamente aplicables»⁷.

Es habitual en la literatura iusfilosófica actual *distinguir*, a su vez, entre las normas «externamente» aplicables y las normas «internamente» aplicables. Aunque ya daré una definición más precisa de estas cuestiones, por ahora baste decir que i) una norma es «externamente» aplicable cuando existe otra norma (de aplicabilidad externa) que impone la obligación de usarla y ii) es «internamente» aplicable sólo si la norma seleccionada regula el caso.

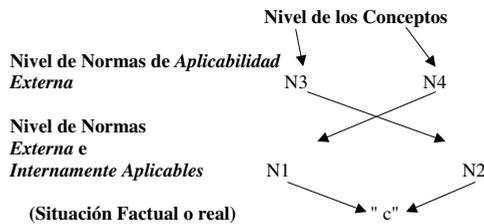
Creo que puede aceptarse sin mucho inconveniente que la distinción entre normas externa e internamente aplicables puede ser *interpretada bajo dos concepciones diferentes*. La primera concepción, que denominaré «tradicional», considera que hay *un* concepto de aplicación de normas con respecto al cual es posible separar *distintos tipos de cuestiones*, que enseguida voy a mencionar. Dicho de otra manera, el concepto de aplicabilidad es «unitario». La idea es que una norma no puede ser externamente aplicable si no lo es internamente y viceversa. Por lo tanto, la idea de aplicabilidad podría definirse en forma de un *bicondicional* que exprese que «una norma es externamente aplicable *si y sólo si* es internamente aplicable». La segunda concepción, que denominaré «alternativa», considera que, en realidad, hay *dos* conceptos de aplicabilidad *independientes*. La idea de esta concepción alternativa de la aplicabilidad es que la tesis de que una norma es externamente aplicable *si y sólo si* es internamente aplicable «no puede ser suscrita sin importantes matices y reservas»⁸.

Para mis propósitos, en este trabajo seguiré la concepción que denomino *tradicional* puesto que se *ajusta mejor* a lo que *quiero mostrar* respecto de la relación entre la idea de autonomía y la aplicación

⁷ Véase NAVARRO, P.; ORUNESU, C.; RODRÍGUEZ, J., y SUCAR, G., «La Aplicabilidad de Normas Jurídicas», *Análisis e Diritto*, 2000, pp. 133-152.

⁸ Como afirma NAVARRO, P., en «Acerca del Razonamiento Jurídico», *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 45, Valparaíso, Chile, 2000, p. 78.

de normas. Es más, en el esquema que presentaré enseguida, las normas identificadas como N1 y N2 son tanto «externa» como «internamente» aplicables. Esta concepción, insisto, no impide distinguir cuestiones diferentes que podrían plantearse a los juristas. Adviértase que la distinción que me interesa tener en cuenta tiene que ver con separar *dos cuestiones* que se pueden plantear con las mismas normas, N1 y N2. Así, el jurista se puede plantear, en primer lugar, qué normas *debe aplicar* al caso (N1 y N2 son vistas como normas «externamente» aplicables); en segundo lugar, si las normas determinadas *se aplican* o no al caso (N1 y N2 son vistas como normas «internamente» aplicables). La primera cuestión es «normativa» porque la respuesta sobre qué normas deben aplicarse depende de otras normas (de aplicabilidad externa). La segunda es una cuestión «conceptual» y requiere saber si una norma «regula» o no un caso. Luego volveré sobre esto. En lo que sigue, voy a presentar un esquema, que vuelva más nítido lo quiero decir.



Este esquema se puede explicar de la siguiente forma.

Se parte de una situación factual o real determinada identificada con la letra «c» minúscula que simboliza la idea de que aún no hay clasificación alguna de la misma. Por ahora voy a prescindir de dar una explicación acerca del nivel de los conceptos y de los distintos sentidos o niveles que se pueden establecer en la idea de «caso». Por ahora voy a detenerme en lo siguiente.

Si la situación «c» se clasifica bajo un contrato civil de locación de servicios la «norma de aplicabilidad externa» N3 impone la *directiva*⁹ de tener en cuenta la norma vigente al *momento de celebración del contrato*; si «c» se clasifica bajo un contrato de trabajo la «norma de aplicabilidad externa» N4 impone la *directiva* de tener en cuenta la norma vigente al *momento del despido*. Para hacer más claras las cosas transcribiré el contenido hipotético de N3 y N4.

N3 prescribe que «Para computar el monto de la indemnización de una ruptura intempestiva de contrato de locación de servicios se debe aplicar la norma vigente al *momento de celebración del contrato*».

⁹ BULYGIN, E., «Tiempo y Validez», *op. cit.*, p. 203.

N4 prescribe que «Para computar el monto de la indemnización de una ruptura intempestiva de contrato de trabajo se debe aplicar la norma vigente al *momento del despido*».

A partir de Eugenio Bulygin se ha llamado «externa» al tipo de aplicabilidad que establecen estas normas, en el sentido de que «una norma N1 impone el deber a los jueces de aplicar la norma N2 al caso C»¹⁰.

Siguiendo la definición de Bulygin, diré que las normas de aplicabilidad externa N3 y N4 operan como «meta-normas» pues se encuentran en un segundo nivel, estableciendo *qué normas se deben seguir*; en otras palabras, qué normas deben ser «externamente» aplicables, si N1 o N2.

Conforme el esquema presentado arriba, N1 es la norma vigente que se corresponde con la meta-norma N4 y N2 es la norma vigente que se corresponde con la meta-norma N3.

Con otras palabras, desde el punto de vista de la «norma de aplicabilidad externa» N4, N1 es la norma «externamente» aplicable; es decir, desde el punto de vista de la *cuestión normativa* acerca de qué normas se *deben aplicar* a la situación «c», la respuesta es suministrada por N4.

Desde el punto de vista de la norma de «aplicabilidad externa» N3, N2 es la norma «externamente» aplicable; es decir, desde el punto de vista de la *cuestión normativa* acerca de qué normas se *deben aplicar* a la situación «c», la respuesta es suministrada por N3.

Para volver nítidas las cosas, veamos qué establecen N1 y N2, respectivamente.

N1 establece que «para calcular el monto de una indemnización por ruptura intempestiva de un contrato de locación de servicios se debe tomar en cuenta el *daño efectivamente producido* al prestador del servicio».

N2 establece que «para calcular el monto de una indemnización por ruptura intempestiva de un contrato de trabajo se debe tomar en cuenta *el tiempo efectivamente trabajado por el empleado*».

Ahora bien, distinguidas las «normas de aplicabilidad externa» respecto de las «normas externamente aplicables», cabe observar dos cosas:

La primera guarda relación con la idea de autonomía en el sentido de que, según Eugenio Bulygin, las normas de aplicabilidad (externa) «varían de una rama del derecho a otra»¹¹.

La segunda es que estos criterios, si bien se encuentran a menudo en el derecho, ello no descarta otros «orígenes». Por ejemplo, cuando el derecho tiene algún problema de indeterminación¹²; la «doctri-

¹⁰ BULYGIN, E., «Tiempo y Validez», *op.cit.*, p. 196.

¹¹ BULYGIN, E., «Tiempo y Validez», *op.cit.*, p. 200.

¹² Aquí no necesito tomar partido por la disputa entre los filósofos positivistas y antipositivistas acerca de si el derecho es indeterminado (en el nivel que fuere) o no. Para esto véase REDONDO, C., «Teorías del Derecho e Indeterminación Normativa», en José Juan Moreso, Pablo Navarro y Cristina Redondo, *Conocimiento Jurídico y Determinación Normativa*, Fontamara, México, 2002, pp. 95-129.

na»¹³ (o dogmática jurídica) cumple una actividad de auxilio que *rebasaría* la mera descripción de criterios de aplicabilidad vigentes. En la próxima sección voy a regresar a este punto.

Las dos observaciones no carecen de interés; sin embargo, la primera, tiene directa pertinencia con la pregunta sobre la vinculación importante que para los juristas existe entre la práctica de dividir al derecho en ramas autónomas y la cuestión de las normas aplicables. Esto es así porque la autonomía de ciertas ramas jurídicas puede estar vinculada con la existencia de normas de aplicabilidad externa propias; por ejemplo en el derecho laboral una norma así estaría representada por N4. Ahora bien, dejando a un lado esto, quisiera tomar en cuenta ahora la cuestión del otro sentido de la aplicabilidad de normas: la aplicabilidad «interna».

Tal como anticipé más arriba, la cuestión sobre qué normas deben aplicarse se puede distinguir del problema de la aplicabilidad interna. En términos analíticos la cuestión de la aplicación interna es *conceptual*; así, se puede sostener que «una norma es internamente aplicable a un caso si y sólo si lo regula o alcanza»¹⁴. Viendo las cosas con el lente de la aplicabilidad interna, interesa saber ahora si N1 y N2 regulan o no el caso.

La determinación de qué norma regula un caso depende de una interpretación de los componentes del antecedente de una formulación normativa y es parte relevante de la tarea interpretativa de obtener normas. Estos componentes operan como «ámbitos de regulación»¹⁵ o como «condiciones de aplicación» de una norma.

Dichos componentes suministran «criterios de selección» de las normas internamente aplicables¹⁶; criterios que están relacionados con el *contenido de regulación de las normas*. ¿Cómo operan estos criterios de selección?

¹³ BULYGIN, E., «Tiempo y Validez», *op. cit.*, p. 203.

¹⁴ Véase NAVARRO, P.; y MORESO José, J., «Aplicabilidad y Eficacia de las Normas Jurídicas», *op. cit.*, pp. 125, 126-128.

¹⁵ Hay una abundante cantidad de explicaciones filosóficas sobre el modo en que los juristas: a) reconstruyen el antecedente de las normas y b) la importancia de esta tarea. A título de ejemplo, respecto de a) cabe recordar que Kelsen ofreció una reconstrucción de esta tarea cuando mostró la idea de ámbitos de validez de las normas (Cfr. KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Traducción de Roberto Vernengo, Porrúa, México, 1995, pp. 23-30). Alchourrón y Bulygin la reconstruyeron mediante el análisis del universo de casos como función del universo de propiedades relevantes. (ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea, Bs As, 1987, pp. 145-161). Raz ha tratado de reconstruir el antecedente como un conjunto de razones —de especial estructura— que la autoridad normativa establece, etc. (RAZ, J., *Razón Práctica y Normas*, Traducción de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991). Respecto de b) Norberto Bobbio mantuvo que la tarea de interpretación del antecedente era una preocupación central de la dogmática. Para ver cuáles son los argumentos que emplea para apoyar esta afirmación, véase BOBBIO, N., «Ciencia del Derecho y Análisis del Lenguaje», en *Contribución a la Teoría del Derecho*, Traducción de Ruiz Miguel, A. Valencia, 1980, p. 185).

¹⁶ Sobre esta idea, véase GÜNTHER, K., «Un Concepto Normativo de Coherencia para una Teoría de la Argumentación Jurídica», *Doxa*, núm. 17-18, 1995, p. 277.

La idea es muy simple y se explica brevemente diciendo que *las reglas de uso*¹⁷ del lenguaje sirve para describir el significado *de los componentes del antecedente* de la norma; componentes que son reconstruidos mediante la interpretación de los juristas. Los significados obtenidos mediante esta reconstrucción del uso del lenguaje constituyen, simultáneamente, *las reglas de selección* de la aplicación de la norma a una clase de casos. Dado que este criterio tiene que ver con el significado de los componentes de una norma bien puede llamárselo «semántico». Las normas que el jurista considera deben admitirse y combinarse con otras en un sistema depende de cuestiones referidas a la interpretación del significado de textos o formulaciones normativas cuyas relaciones el jurista busca y reconstruye con ayuda de conceptos.

En este contexto, la idea de autonomía también puede ser relevante, poniendo en evidencia, nuevamente, sus consecuencias prácticas. Supóngase que para determinar si «c» es un ejemplo que cae dentro de la regulación de N1 o N2 los juristas tienen que interpretar qué significa la expresión «interrupción intempestiva» a fin de decidir qué norma es internamente aplicable. Con otras palabras, para determinar si «c» es un ejemplo del caso «C» descrito en el antecedente de una norma es perentorio interpretar qué significa la expresión mencionada. Las consecuencias están a la vista: si «c» es un caso de N1, para calcular el monto de la indemnización, hay que tener en cuenta el «daño efectivamente producido» al prestador del servicio; si, por el contrario, «c» es un caso de N2, para calcular el monto de la indemnización, hay que tener en cuenta el «tiempo efectivamente trabajado» por el empleado.

Aquí, la autonomía es una idea con poder explicativo y consecuencias prácticas si se supone, a título de hipótesis mental, que la expresión «interrupción intempestiva» puede haber sido *definida* tanto en el derecho laboral como en el civil pero con *significados dispares*.

Así, conforme una norma N1 perteneciente al derecho civil una «ruptura intempestiva» se define como «terminar una relación contractual sin avisar al prestador del servicio, mediante nota escrita, del fin de la relación con una antelación de 15 días».

Conforme una norma N2 perteneciente al derecho laboral una «ruptura intempestiva» se define como «rescindir el contrato sin avisar al empleado, mediante carta documento rubricada ante el ministerio de trabajo, del fin de la relación con una antelación de 30 días».

La situación que acabo de imaginar es perfectamente posible. Los juristas suelen hacer referencia a ella bajo la idea de que hay términos respecto de los cuales el legislador no ha mantenido una «constancia» terminológica. Bajo este supuesto puede darse el caso de que una

¹⁷ En este contexto voy a prescindir del tratamiento de teorías alternativas a la teoría del «significado como uso». Y dentro de la teoría del significado como uso no voy a tomar en cuenta complicaciones tales como el cambio del uso de ciertos términos a lo largo del tiempo o la existencia de discrepancias culturales sobre éste dentro de una misma comunidad lingüística.

norma N1 defina la expresión a partir de la propiedad x y una norma N2 a partir de la propiedad y. El jurista tiene que tomar una decisión respecto de cuya fundamentación puede apelar a cuestiones diversas. Es muy común que, subrepticamente, el jurista tome una decisión con la finalidad de evitar una aplicación que lleve a resultados que él considera disvaliosos o injustos. En función de estas decisiones el jurista puede asignar mayor fuerza o peso a una norma sobre la otra. Desde luego, cuestiones de esta clase pueden mantener abierta una controversia entre los juristas. Cuando me ocupe del papel de los principios al momento de caracterizar casos voy a retomar parte de esta cuestión. Ahora es preciso referir con más detalle el papel de los conceptos.

3. LA FUNCIÓN DE LOS CONCEPTOS EN LA CARACTERIZACIÓN DE CASOS Y SELECCIÓN DE SISTEMAS NORMATIVOS APLICABLES

El ejemplo mencionado en el apartado anterior presupone un desacuerdo de los juristas acerca de normas aplicables. Este desacuerdo puede ser «conceptual» y/o «valorativo»¹⁸. El primer tipo de desacuerdo tiene que ver con discrepancias de los juristas referidas a los «criterios clasificatorios» de una situación o caso; dicho de otro modo, una discrepancia sobre las «propiedades» a partir de las cuales *clasificar o caracterizar casos*. El segundo tipo de desacuerdo tiene que ver con discrepancias surgidas de «principios o valoraciones» con respecto a la *evaluación* de qué clasificación se *debería usar* si se pretende alcanzar cierto tipo de resultado. Ahora dejaré este último tipo de desacuerdo y me demoraré en el primero.

El desacuerdo conceptual que subyace al ejemplo anteriormente ofrecido tiene que ver con una duda cuya formulación ya presenté: ¿hay que clasificar la situación de ruptura intempestiva del contrato bajo el concepto de contrato civil de locación de servicios o bajo el concepto de contrato laboral de trabajo? Presentado de otra manera, la cuestión a resolver sería: ¿constituye «c» un caso civil de contrato de locación de servicios o un caso laboral de contrato de trabajo?

El desacuerdo es crucial por sus consecuencias. Por ello, quiero insistir en lo siguiente: si la situación «c» se clasifica bajo el concepto de locación de servicios del derecho civil, los juristas la considerarán como un «caso civil», mientras que si la situación «c» se clasifica bajo el concepto de contrato de trabajo del derecho laboral, los juristas la considerarán como un «caso laboral». Luego de clasificada la situa-

¹⁸ Esta terminología se puede traducir al vocabulario de Dworkin quien habla de desacuerdos empíricos o semánticos (para los que llamo conceptuales) y desacuerdos interpretativos o teóricos (para los que llamo valorativos). Véase DWORKIN, R., *Law's Empire*, op. cit., pp. 70-72.

ción «c» bajo alguno de estos conceptos se seguiría, en virtud de ciertas meta-normas o normas de aplicabilidad externa, que «deben» ser aplicadas prioritaria o preferentemente las normas del derecho civil o del derecho laboral.

Para concebir un ejemplo que permita explicar la fuente de este desacuerdo conceptual; v. gr., sobre qué concepto se debe emplear para clasificar «c», voy a imaginar que el problema tiene que ver con el predicado «relación de dependencia». Aquí podrían presentarse dos alternativas discernibles. La primera es que el predicado «relación de dependencia» esté incluido en la caracterización del concepto de contrato de trabajo del derecho laboral pero no en la caracterización del concepto de locación de servicios del derecho civil. Conforme este primer problema podría ser que en el derecho laboral se estableciera que «los contratos que *suponen* relación de dependencia del empleado respecto del empleador son contratos de trabajo». De manera paralela podría ser que en el derecho civil se estableciera que «los contratos cuya finalidad es brindar un servicio y que *no suponen* relación de dependencia entre los contratantes son de locación de servicios».

La segunda alternativa sería que el predicado «relación de dependencia» esté incluido en la caracterización de *ambos* contratos pero fuera «definida» de manera diferente en caso uno de ellos.

Detengámonos específicamente en la primera alternativa. En virtud de ella voy a suponer que una fuente de este desacuerdo tiene que ver con un problema de vaguedad que de existir en algún sector del derecho presupondría lo que Alchourrón y Bulygin denominan¹⁹ laguna de reconocimiento²⁰ o Hart «situación de penumbra»²¹.

Desde el punto de vista de un simple experimento mental voy a imaginar que en el ejemplo se presenta una laguna de reconocimiento debido a que, frente al caso, el predicado «relación de dependencia» es vago.

La duda surgida de la vaguedad²² debe resolverse *clasificando* la situación. A fin de contar con un marco teórico básico sobre las clasificaciones, recuérdese que una clasificación –o subsunción si se prefiere– es una operación que puede tener carácter genérico o indivi-

¹⁹ ALCHOURRÓN, C. y BULYGIN, E., *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, op. cit., p. 64.

²⁰ Escapa a los propósitos de este trabajo tomar partido en el debate acerca de si este tipo de lagunas sacrifica el principio de bivalencia.

²¹ HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, Traducción de Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Bs As, 1992, Cap. VII.

²² Otra fuente de duda puede tener que ver con una «laguna de conocimiento». En el caso esto podría ocurrir debido a que el juez, por ejemplo, no puede determinar a ciencia cierta si hubo o no relación de dependencia. No voy, sin embargo, a detenerme en este tipo de dudas. Para esta cuestión véase ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, op. cit., p. 63; «Los límites de la Lógica y el Razonamiento Jurídico», en ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Análisis Lógico y Derecho*, op. cit., p. 308.

dual²³. Una clasificación tiene carácter genérico cuando se trata de determinar la relación entre dos predicados²⁴. Por el contrario, tiene carácter individual, cuando se trata de subsumir un caso individual dentro de una clase²⁵.

Admítase por hipótesis que el jurista, o el juez en su caso, decide caracterizar la situación «c» como un caso de derecho laboral y no de derecho civil. Para ello primero realiza una *subsunción individual*, incluyendo la situación particular bajo el concepto de contrato de trabajo que presupone una relación de dependencia. Luego puede recurrir a la *subsunción genérica* relacionando el predicado «contratos en relación de dependencia» con el predicado «contratos de trabajo».

Si se parte de la asunción de que el predicado «relación de dependencia» es vago, antes de poder clasificar la situación bajo su examen, el juez tiene que «estipular» el significado del término, al menos de manera parcial. Ello, claro está, bajo la condición de que la situación se ubique en la denominada «zona de penumbra» del predicado en cuestión.

Con todo, si bien esto es así, hay una cuestión previa a esta operación. El juez podría tener que tomar una «decisión» acerca de cuál de las dos caracterizaciones de la situación debería ser usada, lo cual presupone algún tipo de valoración. Estipulación y decisión son cuestiones bien distintas. Como sostienen Alchourrón y Bulygin, «... la aceptación de una regla semántica puede estar (y usualmente está) basada en genuinos juicios de valor, esto es, en valoraciones éticas de las consecuencias de adoptar tal o cual decisión, pero la aplicación de una regla semántica nada tiene que ver con las valoraciones»²⁶. Dado que la cuestión de las valoraciones es lo suficientemente amplia como para tornar recalcitrante cualquier análisis, prefiero dejarla en esta parte a un lado. En la próxima sección retornaré a ella, explicitando cuestiones puntuales que se relacionen con la discusión de la autonomía y su papel en la caracterización de casos y sistemas normativos aplicables.

Ahora quisiera volver sobre los conceptos, profundizando su papel en la discusión jurídica sobre qué sistema normativo debe ser aplicado a un caso. Para ello necesito volver sobre el esquema trazado más arriba. Tal como he tratado de sugerir, buena parte de la discusión de los juristas en situaciones como «c» tienen que ver con

²³ Ambas clasificaciones pueden estar en juego. Un ejemplo ya canónico proporcionado por Dworkin y analizado por ALCHOURRÓN y BULYGIN en *Los Límites de la Lógica y el Razonamiento Jurídico* es el del contrato celebrado en domingo por Tim y Tom donde la duda de la comunidad –por ejemplo la de los jueces– es si este contrato es «sacrílego», tomando en cuenta que en ese sistema existe un enunciado que establece que «los contratos sacrílegos son inválidos». Ver ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., «Los límites de la Lógica y el Razonamiento Jurídico», *op.cit.*, pp. 306-308.

²⁴ ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., «Los límites de la Lógica y el Razonamiento Jurídico», *op.cit.*, p. 309.

²⁵ ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., «Los límites de la Lógica y el Razonamiento Jurídico», *op.cit.*, p. 308.

²⁶ ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., «Los Límites de la Lógica y el Razonamiento Jurídico», *op.cit.*, p. 315.

determinar qué sistema normativo eventualmente debe ser aplicado. En otros términos, el problema fundamental que subyace a esta cuestión es la existencia de un *conflicto* entre dos meta-normas o normas de aplicabilidad externa: N3 prescribe tener en cuenta la norma vigente al momento de celebración del contrato (N2), mientras que N4 la norma vigente al momento del despido (N1). En consecuencia, el conflicto también se extiende a las normas externa e internamente aplicables N1 y N2.

Aquí no está de más reconocer que N3 y N4 dependen, a su vez, de otras normas y así sucesivamente hasta llegar a un conjunto de normas últimas respecto de las cuales se plantea una discusión filosófica acerca de si ellas deben considerarse a su vez aplicables o inaplicables²⁷. No voy a entrar, sin embargo, a esta cuestión. Mi propósito aquí es más específico y tiene que ver con poner de manifiesto que esta discrepancia entre las normas externa e internamente aplicables N1 y N2 y entre las normas de aplicabilidad externa N3 y N4 es habitualmente resuelta por los juristas en el nivel de los conceptos. Esto es así por cuanto, finalmente, la cuestión de la caracterización de la situación «c» depende de su subsunción bajo un concepto de contrato de locación de servicios o bajo un concepto de contrato de trabajo.

El nivel de los conceptos depende, amén de los jueces y otros prácticos del derecho, de la dogmática por cuanto ella tiene un papel protagónico en la construcción –o reconstrucción– de conceptos, según el caso.

Las *funciones* de estos conceptos jurídicos son muchas y no necesario abordarlas en forma total. Las dos funciones generales que me importa mencionar se vinculan con el uso de los conceptos para *caracterizar o clasificar casos* y para *determinar normas* que luego integren un sistema normativo aplicable.

Es interesante notar que el protagonismo de la dogmática es mayor si estos conceptos se presentan en *forma indeterminada* en el material normativo o lisa y llanamente *no están* en dicho material.

Respecto de las funciones antes mencionadas, este protagonismo es activo en la medida en que tiene «efectos normativos».

Los efectos normativos del uso de conceptos pueden ser *directos* o *indirectos*. Son directos cuando, por ejemplo, los conceptos se usan para introducir subrepticamente normas que permitan integrar lagunas, al modo en que los juristas influidos por una concepción como la de la jurisprudencia conceptual lo hacen.

Los efectos normativos que me interesa destacar en este trabajo son los de carácter «indirecto»²⁸. Son «normativos», en primer lugar, porque,

²⁷ Para esta discusión puede consultarse, por ejemplo, NAVARRO, P.; ORUNESU, C.; RODRÍGUEZ, J., y SUCAR, G., «La Aplicabilidad de Normas Jurídicas», *op.cit.*, pp.141-145.

²⁸ Véase ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., «Definiciones y Normas», en Eugenio Bulygin *et al.* (compiladores), *El Lenguaje del Derecho*, Homenaje a Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Bs As, 1983, pp. 29-30.

de la clasificación conceptual de una situación, depende la selección de un conjunto de normas; en mi ejemplo, las normas N3 o N4. Esta selección no se sigue de manera inmediata a la clasificación conceptual. Es necesario interponer entre los conceptos y los sistemas normativos aplicables, meta-normas o normas de aplicabilidad externa que establezcan las normas aplicables. En segundo lugar, estos efectos tienen *carácter indirecto* debido a que los conceptos no tienen por función suministrar el sistema normativo aplicable al caso sino más bien definir «casos» que luego se puedan correlacionar con sistemas normativos. La reconstrucción que ofrezco de este rol de la dogmática se podría discutir, abriendo otras líneas diferentes. Sin embargo, esto no es necesario. No aspiro a defender una tesis tan radical sobre estas cuestiones. Dado que el punto que estoy enfatizando tiene que ver con la caracterización de «casos» me parece importante ofrecer distintas alternativas a partir de las cuales se puede entender este término.

1. Situaciones factuales o reales no clasificadas
2. Casos individuales/ casos genéricos
3. Casos «intermedios»

La alternativa 1 hace referencia a situaciones como la que ejemplifiqué anteriormente con relación a una ruptura intempestiva de contrato y que representé con la letra «c» minúscula. Estas situaciones son enfrentadas a diario por los juristas, especialmente abogados y jueces²⁹. Ellos incluyen bajo el término «caso» a aquellas situaciones del mundo ocurridas en un espacio y tiempo determinados³⁰ que no se encuentran clasificadas *per se*. Estas situaciones contienen una serie de datos fácticos que requieren ser procesados conceptualmente a fin de *construir un caso* que, en términos de Alchourrón y Bulygin, sea un ejemplo individual (caso individual) de un caso genérico.

La alternativa 2 presupone que los juristas parten del Universo del Discurso (UD) el cual constituye una clasificación de una porción del

²⁹ Aquí se podría introducir una distinción adicional entre el tipo de situaciones que enfrentan los abogados, por un lado, y los jueces, por el otro. Al menos como «cuestión de grado», los jueces no se enfrentan a situaciones desprovistas totalmente de una clasificación previa. Esto es diferente con los abogados. Cuando a su despacho llega un «caso», éste no es más que una situación no clasificada. Es cierto que el cliente presenta la situación bajo algún tipo de categoría que podría tener entidad clasificatoria. Pero es el abogado quien, a partir de la información suministrada por el cliente, y con su conocimiento técnico del derecho, realiza una primera clasificación de la situación a fin de obtener un «caso» que pueda presentarse al juez. Por su parte, el hecho de que el juez se enfrente a una situación ya clasificada por el abogado, no presupone que no pueda reformular dicha clasificación; algo que es por demás frecuente. De todas formas, a fines de simplificar la presentación de las cuestiones aquí no haré esta distinción de grado entre abogados y jueces. Supondré, por consiguiente, que ambos se enfrentan a situaciones «c».

³⁰ ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, op. cit., p. 58.

mundo. En palabras de Alchourrón y Bulygin «el UD es la clase (conjunto) de los casos individuales». Esta clase o conjunto se forma a partir de una propiedad definitoria del UD³¹. Cada vez que se presenta una situación cuya propiedad es un ejemplo de una clase, se está frente a un caso individual. Alchourrón y Bulygin denominan «caso genérico» a toda subclase del UD definido por una propiedad y también a la propiedad definitoria de la subclase. Esto último supone que distinguir entre casos genéricos que son «subclases» del UD y casos genéricos del Universo de Casos (UC)³² o simplemente casos genéricos (concebidos como propiedades).

Los casos genéricos pueden ejemplificarse en un número ilimitado de casos individuales; con otras palabras, a los casos genéricos del UD puede pertenecer un número ilimitado de elementos del UD³³.

Como han mostrado los filósofos argentinos, «interés especial ofrece la clasificación de los casos individuales mediante el UC. Cuando un UC es proyectado sobre el UD, el resultado es un conjunto de casos genéricos del UD que presentan dos características fundamentales: son conjuntamente exhaustivas del UD y mutuamente excluyentes»³⁴. De esto se sigue que «todo caso individual del UD pertenece necesariamente a uno y sólo a uno de los casos genéricos determinados por un UC»³⁵. La consecuencia –de capital importancia– que tiene esto es que «la solución de todos los casos genéricos de un UC, soluciona también todos los casos individuales»³⁶.

Por último, resta la alternativa 3. En esta alternativa ubico una categoría de caso que llamaré «intermedia». Esta categoría resulta de su relación directa con la idea de autonomía.

Si se tratara de «dar» o «encontrar» sentido a esta idea de dividir el derecho en disciplinas y ramas jurídicas autónomas, debería decirse que, tras esta división, existe el propósito de los juristas de caracterizar los casos como «civiles» o «laborales» o «comerciales», etc.

Este propósito parece *invertir* el *orden* con que los filósofos del derecho habitualmente reconstruyen la aplicación de normas. Este orden mostraría que, antes de identificar cuáles son las normas aplicables, los juristas se interesan en clasificar o caracterizar los casos como civiles, laborales, etc.

Dicho interés es *relativamente independiente* del problema normativo. Recuérdese que un «problema normativo» consiste en una pregunta acerca del status deóntico de una acción. Una vez que el jurista define el problema normativo (PN1) éste permanece «constante» en el análisis; si el jurista, por ejemplo, *cambia* la acción, produce un cam-

³¹ ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, op. cit., p. 58.

³² *Ídem.*

³³ *Ídem.*

³⁴ *Ídem.*

³⁵ *Ídem.*

³⁶ *Ídem.*

bio de problema normativo (de PN1 a PN2), pues ha alterado el criterio de identidad de éste.

Cuando señalo que la cuestión de clasificación de casos como civiles o laborales, etc., es «relativamente independiente» del problema normativo simplemente quiero decir que, si la definición de un caso como civil o laboral estuviera *incluida* ya en la *identidad de problema normativo*, la cuestión de la autonomía y la duda referente a la clasificación del caso no surgiría. Pero esto no es lo que suele ocurrir en los casos en que se discute tácita o expresamente sobre autonomía. Los jueces, por ejemplo, podrían tener claro que el problema normativo consiste en determinar si una compañía aérea debe indemnizar o no el daño emergente provocado a una persona a causa de un presunto incumplimiento contractual. Empero, pese a esta claridad, podrían diferir en si el caso es «civil» o «aeronáutico». Esta diferencia es relevante porque, si bien el problema puede ser el mismo, las «respuestas» pueden ser muy distintas si el caso se caracteriza como civil o como aeronáutico. Por supuesto, esto es cuestión de reconstrucción y, como tal, depende de los propósitos de quien la realiza. Las cosas se podrían presentar de otras maneras diferentes. Pero a mis fines, seguiré la estrategia de distinguir el problema normativo de la caracterización de los casos en este sentido.

Ahora bien, ¿por qué considero «intermedia» a esta categoría de caso?

Intentaré dar una respuesta a esta pregunta, tomando como fuente a Genaro Carrió.

Éste explica que, cuando un caso (en el sentido 1) llega ante un abogado, éste, para alcanzar cierto resultado, necesita utilizar algún segmento o segmentos del orden jurídico³⁷. Este «caso», en cierto sentido, es «interdisciplinario»³⁸. Ello significa que este caso es «complejo» en el sentido de que puede ser resuelto con normas diferentes³⁹.

Conforme a Carrió, que el caso sea complejo no exige del jurista una perspectiva interdisciplinaria en el sentido de tener una perspectiva gestáltica u «omnilateral». Ello es así porque la idea de una «perspectiva» omnilateral es auto-contradictoria: no hay perspectiva sino desde un punto de vista⁴⁰. Este punto de vista se relaciona con los conceptos; gracias a ellos es posible tener una perspectiva «civil» del asunto o una «perspectiva laboral», tal como ocurre en el ejemplo que he dado al principio de este trabajo. Si la perspectiva de la que parte el jurista es «civil», el caso es «civil» y no laboral; si la perspectiva de la que parte el jurista es laboral, el caso es «laboral» y no civil.

Pero esta perspectiva «civil» o «laboral» suele aparecer a posteriori de la presentación de la situación factual o real que no viene clasificada. Una vez presentada dicha situación, uno de los criterios que los

³⁷ CARRIÓ, G., *Cómo Estudiar y Cómo Argumentar un Caso*, Abeledo Perrot, Bs As, 1995, p. 22.

³⁸ Cfr. CARRIÓ, G., *op. cit.*, p. 21.

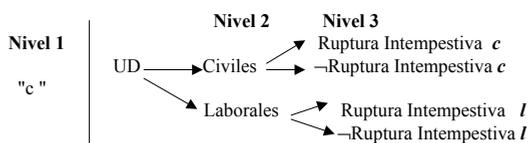
³⁹ CARRIÓ, G., *op. cit.*, p. 30.

⁴⁰ Cfr. Carrió, G., *op. cit.*, p. 28.

juristas persistentemente emplean para esta clasificación es el de una autonomía, como dice Carrió, «aguerridamente defendida»⁴¹.

En este punto del análisis es interesante tomar en cuenta el papel del conocimiento desarrollado por los juristas dogmáticos. A este efecto, se podría asumir la hipótesis mental según la cual existe un pacto tácito de colaboración entre dogmáticos y jueces o abogados que se enfrentan a casos de este tipo. Ello es así por cuanto el uso de normas para resolver con fines prácticos inmediatos estos casos presupone que las normas suministran clasificaciones o taxonomías de casos»⁴².

Como es sabido, el conocimiento de las normas permite obtener clasificaciones de casos. Los juristas dogmáticos se especializan en ese arte, empleando para ello conceptos que sirven para caracterizar casos como civiles, laborales, comerciales, etc. Esto se puede reconstruir a partir de diversas estrategias. Una posible podría partir del UD *in totum* clasificándolo como civil o laboral en forma «previa» a clasificar los casos genéricos mediante una proyección de un UC –función de un universo de propiedades relevantes– sobre el UD. La representación se puede complicar a medida que se ingresan nuevas propiedades. Para entender esto de manera muy simple voy a volver sobre el ejemplo a partir del cual traté el tema de la aplicación interna de normas y su vinculación con la idea de autonomía. Como puede recordarse, el ejemplo tenía que ver con la existencia de dos definiciones diferentes (una formulada en el derecho civil, la otra en el derecho laboral) para la expresión «ruptura intempestiva» de un contrato. Con miras de simplificar las cosas, voy tener en cuenta una sola propiedad –y su complementaria–: me refiero a la existencia o no de «ruptura intempestiva». De manera que en cada dominio (civil y laboral) hay dos casos genéricos posibles. Esto se puede representar como sigue:



En primer lugar la figura muestra el carácter «intermedio» de este nivel (2) de casos. Ello así por cuanto se encuentra a medio camino de los niveles 1 y 3. No se trata exactamente ni de una situación no clasificada «c» como la del nivel 1 ni un caso genérico o el ejemplo individual de un caso genérico como en el nivel 3.

En segundo lugar la figura muestra lo siguiente. Antes de discutir si el caso es de ruptura intempestiva o no, primero el jurista procura saber si es civil o laboral. Suponiendo que se admita que el caso es «laboral», la cuestión es importante por sus consecuencias. Esto es así

⁴¹ Carrió, G., *op. cit.*, p. 55.

⁴² Carrió, G., *op. cit.*, p. 57.

porque la ruptura intempestiva podría tener –aunque no necesariamente– una regulación diferente en ambos derechos. La hipótesis del presente esquema es que, efectivamente, la ruptura intempestiva tiene una regulación diferente en cada derecho puesto que en cada uno de ellos se definen distintas condiciones; por ello he simbolizado con letras distintas a la ruptura intempestiva civil y a la laboral.

Ahora bien, una vez que el jurista decide que su UD es, por ejemplo, «laboral», produce un efecto de suma importancia: al volver aplicables las normas laborales, torna *inaplicables*⁴³ las civiles. Entonces, la clasificación del caso, con la ayuda de conceptos, determina el sistema de normas aplicables, lo cual no significa determinar la «solución directa» para el caso.

Resumiendo. La idea de autonomía se puede reconstruir de la forma que sigue. Ciertos conceptos⁴⁴ de la dogmática contribuyen a la clasificación de un caso como civil o laboral. Dado que se trata de conceptos clasificatorios lo interesante es que mediante ellos la dogmática auxilia la práctica, dando elementos para «ubicar» situaciones bajo cierta taxonomía.

Estos conceptos clasificatorios o taxonómicos se *interponen* entre la situación no clasificada c y el nivel de casos genéricos⁴⁵, generando casos en sentido intermedio.

4. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN LA CARACTERIZACIÓN DE CASOS Y SELECCIÓN DE SISTEMAS NORMATIVOS APLICABLES

Nótese que los juristas no sólo mantienen desacuerdos conceptuales; sus desacuerdos también pueden ser valorativos o axiológicos. Esta clase de desacuerdos cubre una variada gama que no voy a considerar en toda su extensión en los límites de este trabajo. Siendo así, voy a constreñirme al primer esquema que tracé relativo al desacuerdo de los juristas sobre normas aplicables. En la cúspide del esquema se encontraba el nivel de los conceptos, al que le seguía un nivel de normas de aplicabilidad externa y, finalmente, un nivel de normas externa e internamente aplicables.

⁴³ Se tornan «externa» e «internamente» inaplicables. Ello es así, en parte, porque, conforme los conceptos, si el caso es considerado «laboral» no hay manera de hacer operar las normas de aplicabilidad externa del derecho civil; en consecuencia, el efecto es «en cadena»: las normas civiles no son ni externa ni internamente aplicables.

⁴⁴ En mi tesis doctoral me ocupé de reconstruir una clasificación de estos conceptos.

⁴⁵ Esta idea de que los sistemas conceptuales o los conceptos se «interponen» o «median» entre el nivel de situaciones concretas y el nivel de casos genéricos parece captada por un dogmático del derecho penal como Bacigalupo cuando sostiene que entre las normas (generales) y la solución del caso hay un espacio que se debe cubrir con *teorías* jurídicas, cuya función es *ayudar* al jurista a trasladar el contenido genérico de la ley a la decisión de un caso concreto». BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal*, Akal ediciones, Madrid, 1994, p. 12. La cursiva es mía.

En la sección anterior traté de mostrar cómo ciertos conceptos intervienen en la solución del desacuerdo mediante una clasificación de una situación «c» bajo un concepto determinado que permita contar con un caso civil o laboral. Los conceptos pueden ser distintos y actuar con distintos papeles. En un sentido, de la clasificación bajo cierto concepto, depende que operen las normas de aplicabilidad externa y las normas externamente aplicables; en otro sentido, de la elucidación de conceptos que componen el antecedente de normas, depende la determinación de las normas internamente aplicables.

En ese marco sugerí que es probable que los juristas utilicen ciertos principios para evaluar o valorar qué clasificación conceptual se debería usar, a fin de conseguir o evitar ciertos resultados reputados valiosos o disvaliosos, respectivamente. Aceptar esto no tiene mayores inconvenientes. Sin embargo, puede ser útil contar con una idea más precisa de lo que estoy pensando.

Para ver el papel de las valoraciones, se podría razonar del modo que sigue. Cada concepto lleva a una caracterización diferente de un caso. El problema surge, por ejemplo, cuando estas caracterizaciones se conectan con normas de aplicabilidad externa que llevan a direcciones incompatibles. Tal el caso de normas como N3 y N4.

En este supuesto, el jurista tiene que tomar una decisión acerca de cuál de las caracterizaciones conceptuales en juego se debería usar. Esto entraña consecuencias prácticas desde el momento en que la caracterización elegida se conecta con una norma.

Para justificar esta decisión los juristas usualmente acuden a valoraciones. Estas valoraciones se pueden conectar con «principios». Hablar sobre principios es una cuestión complicada porque los juristas entienden muchas cosas diferentes con esta expresión⁴⁶. Por ejemplo, la meta-norma del derecho laboral que prescribe considerar para una indemnización el «momento del despido» podría verse como una acepción posible de la expresión «principio». Empero, no voy a tomar en cuenta la ambigüedad de esta expresión como un escollo serio. Más bien, en el contexto de esta discusión: i) voy a asumir que *hay principios* desde el punto de vista de una *categoría útil de análisis*; ii) no voy a discutir criterios para diferenciarlos de las reglas⁴⁷ y iii) entenderé por «principio»⁴⁸ la existencia de cualquier enunciado que esté asociado con «razones subyacentes», «propósitos del legislador», «consecuencias sociales o económicas» de la aplicación de ciertas normas, «intereses que deben ser protegidos», etc.

⁴⁶ Sobre esto puede verse RUIZ MANERO, J., «Principios Jurídicos», en *El Derecho y la Justicia.*, Edición a cargo de Garzón Valdés, J., y Laporta, F. J., Madrid, Trotta, 1996, p. 151.

⁴⁷ DWORKIN, R., *Los Derechos en Serio*, Traducción de Guastavino, M., Planeta Agostini, 1993, p. 77.

⁴⁸ Para una discusión de la reconstrucción de Dworkin, en el sentido de que no capta el «núcleo» de la diferencia entre reglas y principios, véase ALEXEY, R., «Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica», Traducción de Manuel Atienza, en ALEXEY, R., *Derecho y Razón Práctica*, Fontamara, México, 2002, pp. 9, 13.

El surgimiento de la idea de autonomía de una rama determinada ha estado ligado con enunciados como éstos. La «peculiaridad de los intereses del comercio»⁴⁹, del «tráfico aéreo»⁵⁰, las condiciones de «real desigualdad económica entre empleador y empleado»⁵¹, el «interés del fisco»⁵², etc., han servido para reclamar la autonomía del derecho comercial, aeronáutico, laboral, fiscal, etc.⁵³ Cuando este reclamo no fue explicitado por el derecho, el papel de los dogmáticos del derecho no fue descriptivo.

Estas razones son empleadas por los juristas para asignar mayor «fuerza o peso» a una de las normas en conflicto.

Para entender lo que estoy pensando, supóngase que en el caso que examiné los juristas hubieran decidido usar la clasificación conceptual del caso proporcionada por el concepto laboral de contrato de trabajo. Las razones o valoraciones implícitas podrían haber estado asociadas, por ejemplo, al «principio» de la «real desigualdad» de empleador y empleado que los laboristas emplean en sus razonamientos. En tal sentido, el jurista acude a principios «internos» o valoraciones relativas a una rama determinada del derecho; en este caso, la laboral.

Ahora bien, el hecho de que, siguiendo la idea de autonomía, los juristas cotidianamente acudan a principios o valoraciones internas a su rama no supone negar que, en muchos otros supuestos, ellos se sientan inclinados a «pasar por alto» dicha autonomía⁵⁴, empleando principios o valoraciones de otras ramas. Si tal sucede, ello significa que los juristas consideran que las razones esgrimidas en favor de la autonomía de su rama son insuficientes en la medida en que de seguir las se tomaría una decisión injusta. El «paso por alto» que describo puede ocurrir –y de hecho ocurre– aun en aquellos supuestos en que un sistema normativo cuenta con mecanismos de auto-integración para resolver lagunas o conflictos normativos con base a elementos que se puedan derivar del propio sistema.

⁴⁹ FONTANARROSA, R., *Derecho Comercial Argentino*, T. I. Parte General, Zavalla, 8.ª edición, Bs As, 1992, p. 33.

⁵⁰ DOUGLAS MALDONADO, J., *¿Existe un Derecho Aeronáutico Autónomo?*, Plus Ultra, Bs As, 1976, p. 38.

⁵¹ VÁZQUEZ VIALARD, A., *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 4 edición actualizada, Bs As, Astrea, T. I, 1991, p. 79.

⁵² Consúltese VILLEGAS, H., B., *Curso de Finanzas. Derecho financiero y tributario*, Depalma, 5 edición ampliada y actualizada, Bs As, 1993.

⁵³ En la argumentación dogmática estas razones aparecen tácitamente bajo la discusión de ciertos «los hechos técnicos» específicos de la actividad regulada o que se pretende regular; hechos técnicos, climáticos, sociológicos, económicos que deben ser considerados en la justificación de selección de la norma aplicable.

⁵⁴ En este sentido, es habitual que los jueces sostengan que «La búsqueda de la norma que mejor responda a la naturaleza del caso controvertido debe ser irrestricta o sea que debe optarse por aquella más «afín» a dicho caso sin previa contemplación de una determinada rama de derecho (público, privado, comercial o civil...); esto conduce a excluir toda *jerarquía preestablecida* de fuentes para solucionar lagunas de un ordenamiento particular». Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1977/11/01. González, Juan C. C., Gobierno Nacional. La cursiva es mía.

Sea como fuere, la admisión de conflictos supone de algún modo que «la sangre ya llegó al río». Lo que he tratado de mostrar es que los conceptos de los juristas son usados en forma activa para disolverlos. Sin embargo, la idea de que existen ramas o sectores autónomos del derecho puede jugar un rol *preventivo* de *carácter racional* en el siguiente sentido: la autonomía tendría la función de *evitar* que las *contradicciones* en un sector del derecho se *transporten a otros sectores del derecho*. Pero para esto es necesario que ese sector cuente con mecanismos de auto-integración.

Un análisis, sin embargo, de cómo funcionan exactamente estos mecanismos deberá ser materia de otro trabajo.

Renato Treves: fundamentos e itinerario de una sociología jurídica

Por SERGIO PÉREZ GONZÁLEZ
Universidad de La Rioja

RESUMEN

El artículo reconstruye el recorrido que, personificado en la figura de Renato Treves, se sigue en la composición de la sociología jurídica italiana. A través de las referencias biográficas de este autor imprescindible en la institucionalización de la materia se va recomponiendo un tipo concreto de sociología jurídica, diferenciable de otros, y marcado definitivamente por las influencias filosóficas, jurídicas y políticas que orientan a Renato Treves. Desde la inspiración biográfica, por tanto, se da cuenta de un proceso más amplio. Se analizan los fundamentos que cimientan el tipo de sociología jurídica italiana (una sociología jurídica que surge de la filosofía jurídica), proponiendo así un nuevo panorama para el debate que confronte tipologías distintas de la misma materia.

Palabras clave: Treves. Positivismo. Neokantismo. Perspectivismo. Sociología. Derecho.

ABSTRACT

The article reconstructs the journey that, embodied in the figure of Renato Treves, is made for the composition of the Italian sociology of law. Through some biographical references of this essential author in the institutionalization of the subject, one specific type of sociology of law is being recomposed, a type which can be easily differentiated from others and definitively marked by philosophical, legal, and political influences that guide Renato Treves. From the biographical inspiration, therefore, account of an ampler process occurs. The fundamentals which lay the foundation for this type of Italian sociology (a sociology of law arising from the philosophy of law) are analy-

sed, proposing thus a new outlook for a debate confronting different typologies of the same subject.

Key words: *Treves. Positivism. Neokantism. Perspectivism. Sociology. Law.*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. EL NEOIDEALISMO ITALIANO PRESUPUESTO. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN TURÍN Y ALEMANIA. EL EXILIO ARGENTINO. EL RETORNO A ITALIA: SUSTANCIACIÓN DE UN TIPO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA.

INTRODUCCIÓN

La figura de Renato Treves (1907-1992) debe ser vinculada sin duda a la fundación, desarrollo e institucionalización de la sociología del derecho en Italia y, por tanto, a la relevancia que trasciende desde el país trasalpino a otros lugares (entre ellos España).

Este artículo, de una parte, sirve como homenaje al inestimable valor científico y personal de Treves en la consecución de esta empresa y subyace, por consiguiente, la admiración por quien tanto contribuyó a la normalización de una materia cada vez más fundamental en nuestras universidades. De otro lado, la orientación biográfica que da sentido al argumento no menoscaba la consideración que también le debemos al resto de circunstancias más allá de las estrictamente personales, con las que pretendemos dotar a nuestra perspectiva de una amplitud suficiente para la justa valoración de la obra de Renato Treves; de este modo damos por presunta la reverencia a la figura del ius-sociólogo italiano sin la necesidad de un relato puntilloso de sus méritos finales, sino más bien volviendo la vista a los orígenes –a los fundamentos filosóficos o jurídicos– para desde éstos proyectar una línea lógica que dé sentido a la academización de la sociología del derecho.

Conformamos, por lo tanto, un cuadro completo en el que dar parámetros a todas las virtudes que, desde una perspectiva lejana, atribuimos al máximo responsable de la institucionalización de la sociología jurídica en Italia, dando cuenta así de un proceso más global, de un itinerario puesto en marcha en los comienzos del siglo xx, cuyos soportes argumentales abordamos, y por el que la sociología jurídica viene tomando cuerpo en las universidades italianas... y más acá.

EL NEOIDEALISMO ITALIANO PRESUPUESTO

Para dotar de sentido suficiente al estudio desde la perspectiva holística que tomamos, sólo podemos entender las primeras publica-

ciones de Renato Treves en el ámbito cultural de un tiempo y lugar delimitados: la joven Italia del fascismo ya en ciernes. En esta área suficientemente localizada tomamos como una situación presupuesta a nuestro estudio la preponderancia de la corriente filosófica neoidealista, canalizada a su vez de manera sustancial a través de dos autores esenciales en la historia del pensamiento italiano: Benedetto Croce y Giovanni Gentile, herederos del idealismo hegeliano en Italia y asumidos por Treves en cierto modo –en un modo disperso, si acaso como substrato ocasionalmente latente– mediante el magisterio de Gioele Solari, su director de tesis –«según él, los maestros que habrían debido guiarme en la vida de la especulación no podían ser otros que Kant y Hegel y sólo en sus obras y en las de sus discípulos idealistas habría podido encontrar las bases necesarias para afrontar los arduos problemas de la disciplina de la que, con tanta ligereza, decía querer ocuparme» (Treves 1991, 37)–.

En cualquier caso, es precisamente la influencia de Solari en Treves la que modera a la postre cualquier potencial talante radical en el interés de este último por la Filosofía del Derecho como ciencia superior, pues el profesor «aún siendo idealista convencido [...] había vivido la experiencia positivista y había escrito de Sociología y de Sociología del Derecho» (Treves 1991, 38).

Desde una significación histórica (Opocher 1993, 204) en Italia el clima idealista sucede en el tiempo al neokantista, que, a pesar de todo, supo siempre conservar en los ambientes jurídicos cierta autonomía ante la venida de las tesis crocianas y gentilianas. Sin embargo, y a los efectos de nuestro estudio, debemos iniciar el análisis de la relevancia intelectual de Renato Treves desde la consideración por el ambiente –presupuesto a su período universitario turinés– que dominaba en modo generalizado el pensamiento académico en la Italia de principios del siglo xx.

Esta descripción, que precede al estudio del propio pensamiento de Treves, resulta necesaria y encuentra sentido en cuanto establece las concreciones precisas para valorar desde un punto de vista histórico la relevancia de la obra trevesiana –al modo en que, por ejemplo, la revolución copernicana toma su importancia de las condiciones concretas que imponía la visión cristiana del cosmos–. Establecemos, por tanto, un punto de partida para el análisis fundamentado en la descripción del neoidealismo historicista como corriente filosófica preponderante; al respecto rescatamos las razones que aporta Enrico Opocher sobre el alto grado de interés que adquiere el idealismo en la cultura italiana, desde su labor estabilizadora –«rassicurante»– frente a la crisis burguesa y la posibilidad de desarrollo de una filosofía original «capace di influenzare in modo unitario gran parte della cultura posttrisorgimentale» (Opocher 1993, 211), hasta su adaptación a los nuevos tiempos del fascismo –en sentidos divergentes: complaciente y crítico– o, por supuesto, como la versión italiana contra el formalismo.

Así, es el propio Renato Treves quien, rescatando las palabras de Bobbio, asume el neoidealismo italiano de forma análoga al resto de movimientos enmarcados en la «rivolta contro il formalismo», expresión acuñada desde la publicación del artículo homónimo de White¹, como son el de Gèny en Francia o el de Kantorowicz en Alemania. Circunscribimos, sin embargo, el análisis científico de la filosofía neoidealista en lo que dota de sentido al despunte de un primer interés sociológico en la obra de Renato Treves, sea desde una funcionalidad antitética, y por tanto regresiva –la sociología en contraposición al mito y al espíritu como elementos activos de la Historia–, sea desde una continuidad de las virtudes –la sociología como otro «iluminismo» en la línea que desarrolla el historicismo o el ansia política por la libertad y que se desprende sobre todo de la corriente crociana del idealismo²–.

En lo referente a la primera función que el ambiente idealista ejerce sobre las pretensiones teóricas de perspectivas sociológicas –no ya la sociología jurídica en el sentido académico, sino en el de método capaz de asumir el derecho como fenómeno social– debemos señalar los puntos fundamentales del itinerario teórico del neoidealismo en Italia para que así, tras un primer paso analítico mínimamente disociador, podamos reconstruir el fenómeno idealista en lo que a nuestro estudio interesa. Es decir, no procede el análisis minucioso –y de ahí integral– de la filosofía idealista como sistema, sino el de los epígrafes que tracen parámetros satisfactorios para la que llamamos su «función antitética» con respecto a un potencial desarrollo de la perspectiva sociológica –aunque sin menoscabo de lo que acabaría siendo una síntesis positiva para la sociología³–. Treves advierte esta faceta en modo expreso al escribir: «l'idealismo storicistico sarebbe stato il grande nemico della sociologia e della sociologia del diritto» (Treves 1993, 195), además de hacerlo responsable de la condena de estas disciplinas y de su eliminación del ámbito de la cultura italiana durante varios decenios.

Para desarrollar las razones filosóficas que dan sentido a esta línea argumental debemos destacar por su radicalidad el carácter «subjetivista» del idealismo –sobre todo en el «actualismo» de Gentile– en la descripción del mundo, de manera que el individuo se hace preferente en su modo de entender la realidad frente a otros modos colectivos que intervengan en la relación con lo real o la Historia.

¹ Se trata, por tanto, de insertar el neoidealismo en una lógica más amplia que supere las concreciones circunstanciales italianas, a modo de idealización de un fenómeno transnacional y heterogéneo (White 1956).

² Esta línea es la que Treves sigue paradigmáticamente en *Benedetto Croce, filósofo de la libertad* (Treves 1944), así como en varios artículos de su época argentina.

³ En este sentido podemos aplicar a la Sociología del Derecho lo que Guido Fassò advierte sobre la Filosofía del Derecho: «la negación crociana y gentiliana de la filosofía del Derecho sirvió en todo caso de estímulo, propiciando el profundizamiento de la especulación filosófica acerca del Derecho». (Fassò 1981, 202).

La ausencia de la «cosa en común», de referencias objetivas en las que calibrar cierta idea de progreso, revolución, reacción, inflexión, etc., en forma exportable a todos los individuos, provoca el rechazo filosófico de las ciencias que no ofrecen resultados inmediatos a la sensación del individuo (ciencias humanas y sociales). Tal y como apunta el pensador italiano en su *Genesi e struttura della società* (Gentile 1997), ésta —entendida en un sentido clásico como sociedad *inter homines*— resuelve finalmente su esencia en una relación *in interiore homine*, «en la sociedad transcendental, especie de cuerpo místico inmanentísticamente concebido donde lo plural se consuma en la unidad del sujeto absoluto» (Fassò 1981, 107).

A Gentile se le deduce la no-necesaria existencia de la sociedad (entendida desde cada individuo como simple agregado de más individuos la voz «sociedad» carecería pues de un significado transcendente), de manera que resulta absurdo, por falta de parámetros en los que desarrollarse, la aceptación de la ciencia que estudia la función del derecho en la sociedad (sociología jurídica). La única función del derecho que Gentile reconoce es en el plano moral —como voluntad moral, desde cada individuo y, si acaso, a través de la comunidad de espíritu que desembocaría en la encarnación de la autoconciencia en el Estado fascista de Mussolini —al modo del Estado ético hegeliano (Hegel 1971)—. Hans Kelsen interpreta esta idea identificando el subjetivismo —como modo de conocimiento— con el predominio del orden jurídico estatal frente al internacional, relacionándolo, por tanto, con la fuerza por conservar este modo propio de conocimiento; en esta lógica encaja, sin duda, el estado totalitario fascista⁴.

El idealismo de Croce, sin embargo, no resulta tan «culturalmente» contrario a las aspiraciones sociológicas que despuntaban en el joven Treves, tal y como veremos. A pesar de ello su pensamiento —sobre todo en un estricto operar filosófico— no deja de mantener las principales tesis idealistas y así una implícita renuncia a la ciencia, entendida como un tipo de «conocimiento naturalístico constituido por un sistema de conceptos abstractos de la experiencia, es decir, no-conocimiento, ya que conocimiento verdadero es solamente el de lo individual (la historia) o el de lo universal (la filosofía), pero no el de lo general o abstracto» (Fassò 1981, 265).

Para Croce el sujeto actúa y crea en el mundo histórico, en modo que la mutualidad sociedad-individuo queda reducida en el polifacético pensador italiano a la disposición unilateral de los individuos, que hacen de la historia un devenir de las libertades individuales.

Las concepciones que las filosofías crociana y gentiliana desarrollan sobre la sociedad y el derecho difieren sensiblemente; sin embargo, y a efectos de nuestro estudio (hacer del derecho objeto de la ciencia social) los impedimentos en su asepsia filosófica son de un

⁴ Véase, para profundizar en esta idea, el artículo de Agustín Ferraro que incide en la relación entre ética y política (Ferraro 2000).

grado semejante. El idealismo común que condiciona la realidad a la realidad que aprehende el sujeto y no la que es, genera en ambos lo que Fassò titula «el idealismo y el problema de la ciencia jurídica» (Fassò 1981, 265), que hace del conocimiento jurídico un conocimiento abstracto, basado en lo que Croce denomina «pseudocconceptos» y que, en la amplitud cultural de la época, se resolvió en la declarada enemistad entre filósofos y juristas.

Por otro lado, en lo que respecta a la función directamente «promocional» del idealismo en la empresa de desarrollo de la sociología del derecho, debemos servirnos de una perspectiva de mayor amplitud en modo de poder salvar los obstáculos teóricos más obvios de su método filosófico y obtener así una visión multidisciplinar o circunscrita a una determinada cultura. Así, desde la toma de consideración positiva que el clima idealista ejerce sobre las inquietudes sociológicas de Treves, se hace necesaria una apertura de los campos de conocimiento que haga de aquella filosofía no sólo una ciencia estanca y categorial, sino un modo de conocimiento del que se desprenden consecuencias en campos ajenos (economía, derecho y, sobre todo, política).

En este marco, la referencia de Croce se vuelve principal⁵ (como recuerda Opocher, Croce subordina la filosofía a la cultura, ya que, entre otras muchas cosas, también es filósofo) y la de Giovanni Gentile secundaria (subordina la cultura al conocimiento filosófico), debido a que lo que se le desprende en otros campos redunda en contra de las posibilidades científicas de la sociología (fue ministro mussoliniano de la Instrucción Pública, con provecho para las disciplinas histórico-literarias pero sin hacer de las actividades humanísticas ciencias formales).

Del idealismo desarrollado por Benedetto Croce surgió, sin embargo, en los momentos de urgido posicionamiento político, una manifiesta tendencia por el liberalismo, hasta el punto de que varias de sus obras (*Historia de Europa en el siglo XIX*, *Historia de Italia desde 1871 a 1915* y *La Historia como pensamiento y como acción*) inspiradas en lo que él llamó «religión de la libertad», fueron textos fundamentales del antifascismo liberal de la época. Es de esta trayectoria de donde Treves toma un reconocimiento más virtuoso en la obra del pensador napolitano. En cierto modo, la perspectiva totalizadora de la que a menudo se sirve Treves (cultural⁶), tiene aquí una primera aplicación, ya que, aún reconociendo la diferenciación funcional en los distintos

⁵ Puede corroborarse esta opinión en palabras de Treves: «già nel periodo in cui dominava l'idealismo [... i filosofi del diritto] potevano essere indotti ad assumere posizioni vicine a quelle della sociologia quando tenevano presenti alcune dottrine che, come quella del Croce, facevano risiedere la realtà giuridica, non nella norma, considerata irreal, ma nell'atto che crea e applica la norma» (Treves 1962b, 283).

⁶ «... es preciso acudir a las corrientes filosóficas en las que Treves encontró la inspiración con la que colmar el vacío del análisis puramente formal del derecho, comenzando por Dilthey, quien contra la reducción de todas las ciencias en las ciencias naturales propias del positivismo, había devuelto el honor a la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu o de la cultura.» (Bobbio 1994, 1056).

campos de conocimiento, la importancia que da Renato Treves a la interrelación de todas las ciencias sociales y humanas provoca que, por ejemplo, la doctrina filosófica de Croce pueda resultar en ciertos parámetros más válida que la de Gentile si aquél renunció al desarrollo de una política fascista en beneficio de la libertad –al menos definida en negativo como no-totalitarismo político–. Y esto en virtud de la estrecha relación entre el modo de conocimiento de la realidad –filosofía– y el modo de desplegar los resortes para gobernarla –política–.

En cualquier caso, cabe destacar como consecuencia común en ambos autores idealistas –proyectable más allá de su actividad filosófica– la recuperación de un concepto clásico de la cultura occidental: el antropocentrismo, tan apegado al desarrollo artístico e intelectual de la península italiana. Extrapolado este concepto desde su originario subjetivismo radical hacia una aprehensión política, económica o jurídica del factor humano como elemento decisivo, se convierte sin duda –y como veremos– en una influencia determinante para el sentido que tomará la sociología jurídica de Renato Treves, sobre todo en la conformación «idealista» de los valores desde la ética.

Pero tras el análisis multidisciplinar que explica la relevancia de la literatura y actividad crociana (también gentiliana, aunque en menor medida) en el desarrollo de la sociología a emprender por Treves, no podemos dejar de buscar cierta relación de promoción entre el idealismo en un estricto sentido filosófico⁷ y el desarrollo de la sociología jurídica –sin perjuicio de la primera y prevalente función antitética que ya abordamos–. Ésta viene referida en un primer impacto a la oferta que hace a la cultura jurídica italiana de un instrumento especulativo necesario en la lucha contra el normativismo y a un «repensamiento» de los problemas del estado liberal burgués (Opocher 1993, 211). Supone inicialmente una puesta en crisis, un golpe de escepticismo a la legalidad vigente, esbozando un nuevo espectro de alternativas para los filósofos, juristas o sociólogos. Y en buena medida, la propuesta filosófica sobre la que se asienta esta duda fértil es la del historicismo que maduraba desde la *Scuola del Vico* en las obras de Benedetto Croce (una actualización de la función ya cumplida por Savigny en otro tiempo y lugar). Así lo advierte Treves (Treves, 1966) al admitir como dirección a seguir por la sociología jurídica la que marca la expresión «esperienza giuridica», rescatada por el historicismo hasta convertirla en presupuesto teórico de las investigaciones sociojurídicas; presupuesto tan necesario como involuntario en su génesis, ya que el propio idealismo historicista condena explícitamente cualquier amago de ciencia social como inútil ejercicio de abstracción. En cualquier caso, de este presupuesto se deduce una primera y común proposición tanto para el sociólogo del derecho como para el

⁷ En Croce no puede hablarse estrictamente de un sistema filosófico, sino de inmersiones puntuales orientadas por inquietudes históricas y artísticas; a pesar de ello se puede abarcar su pensamiento filosófico a través de la expresión *Filosofia dello spirito*.

idealista: «che l'interpretazione non sia un semplice procedimento logico sillogistico, bensì un atto creativo compiuto dalla personalità dell'interprete» (Treves 1993, 195). Así lo menciona Bobbio en su artículo en recuerdo a Treves (a propósito de la lectura de este último del ensayo de Max Ascoli sobre la interpretación de las leyes), apuntando cómo en un primer momento «le había instruido sobre las posiciones antiformalistas elaboradas por los idealistas, en particular por el propio Croce, que sostenía la tesis de la naturaleza creadora de la interpretación jurídica» (Bobbio 1994, 1055). Pero –advierte Treves– no pasan de este punto las deducciones comunes, ya que, haciendo referencia a los precedentes que condicionan o determinan la interpretación jurídica, el idealista «con tono di sufficienza e con una monotonia sconcertante» explicará que aquellos precedentes son meras abstracciones que encuentran su realidad concreta en el acto de la interpretación.

A pesar de todo, el componente promocional que para la sociología del derecho se desprende desde el glosario teórico del idealismo ha sido situado –a efectos de nuestro argumento– en el plano filosófico; en cierto modo se confirma esta idea –a modo de vaticinio involuntario– en palabras de Croce al reconocer virtuoso lo histórico del, por otro lado, engañoso materialismo marxista, hasta el punto de mostrarse agradecido por haberle enseñado a no confiar «en los sermones moralistas y en las ideologías y pláticas iluministas [...] en las alcinescas seducciones (Alcina, la vieja desdentada que adoptaba la semblanza de florida joven) de la diosa Justicia y la diosa Humanidad». Reniega así de los presupuestos metafísicos hegelianos y no contempla, en definitiva, ni al derecho ni a la moral fuera del devenir histórico, lo que, en cierta forma y desde una perspectiva que recoge esta idea aun sin ser compartida por su autor, reconduce tanto la moral como el derecho al devenir de la sociedad.

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN TURÍN Y ALEMANIA

Establecido el neoidealismo italiano como un pasado de forma realizada y, aunque influyente, pasado cerrado no infecto de posibles aportaciones futuras a él, queda ahora por delante una nueva labor analítica quizás más compleja: la de describir la tendencia iusfilosófica en las primeras obras de Treves, definida en función de la «excepcionalidad turinesa», perfilada en el campo de acción del ambiente idealista presupuesto y, en definitiva, del proceso sintético que, a golpe de publicación, avanza en el diseño de los cimientos teóricos para el desarrollo de siguientes etapas.

Así, en una primera variable de este proceso, se hace necesaria la constatación de unas inquietudes iniciales en Treves cuya causa no circunscribimos a un «presupuesto ambiental» –en contraste a como

lo hicimos con el neoidealismo de Croce y Gentile— ya que, si bien se configuran como prolongaciones de corrientes de pensamiento previas, la interacción de nuestro autor con ellas responde más a un ejercicio investigador y voluntarioso que a una premisa inevitable incrustada en el ambiente cultural.

Esta primera variable (la «excepcionalidad turinesa»⁸) se resuelve, a modo de reducción de complejidad, en las figuras de Gioele Solari y Hans Kelsen (magisterio presencial el primero, inevitable referencia de la Alemania coetánea el segundo); si bien no procede una comparación de su relevancia histórica —sea en el campo jurídico que filosófico o político— sí es necesaria su distinción al mismo nivel en esta clasificación que los analiza como elementos orientadores para con Treves y otros autores de aquella *scuola*.

Gioele Solari, profesor de la universidad de Turín, dirige la tesis de Renato Treves⁹ de manera que, a través de ella, podemos ya emparentar tanto al alumno como al profesor con los intereses sociológicos que guían este estudio: «en la elección de aquel tema, se encontraban en efecto implícitos tendencias e intereses que en los años siguientes caracterizarían mi vida de estudio y que no estaban en armonía con el clima cultural y político de aquel tiempo» (Treves 1988a, 10). Así, con el reconocimiento expreso de su pupilo, Solari orienta definitivamente la carrera de nuestro autor hacia los derroteros que lo harán indispensable en la sociología del derecho.

Exponiendo el pensamiento que definía como «idealismo sociale», Solari viene a configurarse como una de las personalidades fundamentales para el impulso de la *Scuola di Torino* como plataforma de pensamiento suficientemente diferenciada. Se erige catalizador de una serie de influencias iusfilosóficas (distinguidas a continuación en clave temporal de su recepción) a las que dota de sentido hasta hacerlas converger en su «idealismo social» que, como hace notar Serenella Armellini en su obra *Gioele Solari. L'idealismo sociale tra scienza e filosofia* (Armellini 1997), supone una «armonica fusione di idealismo e di socialismo», desarrollada a través de una primera adhesión al positivismo sociológico y el descubrimiento de la psicología social, para concluir con la especulación idealista.

Una primera etapa del pensamiento de Solari se caracteriza, por lo tanto, por el interés y sensibilización «a los problemas relativos a los precedentes del positivismo, de la sociología y del socialismo francés» (Treves 1991, 37). De este modo, rescatando cierta labor como historiador de la sociología en Treves —acaso como biógrafo autorizado tácitamente— retomamos de nuevo sus palabras para hacer de Solari «un maestro que, aun siendo idealista convencido, no se olvidaba y mucho menos renegaba del pasado: sus años jóvenes en los que había

⁸ Desenvuelta en la escuela analítica de Turín. Véase al respecto Opocher (1993, 251).

⁹ Primer síntoma de su inquietud sociológica (Treves, 1931).

vivido la experiencia positivista y había escrito de sociología y de sociología del derecho» (Treves 1991, 38).

En el campo teórico destacamos el interés de Solari por los primeros sistematizadores en la materia (Auguste Comte, promotor de la sociología o física social, y configurador primero del cientifismo con pretensión de autonomía en este ámbito). Si bien antes de Comte podía ya manejarse –sobre todo en el ámbito de la física y otras ciencias de la naturaleza– el concepto de sinergia (por el que la acción orgánica de varios agentes es mayor que el de la suma aritmética de cada una de las acciones de los mismos agentes), será en el siglo XIX cuando esta función se aplique a la sociedad como objeto de estudio, hasta rebasar el límite –alcanzando así otra cualidad en la perspectiva– que muestra la sociedad como ente, como sujeto, no como suma simple de seres humanos. Solari transmite a Treves esta base teórica para la conformación de una concepción primigenia: el análisis de la sociedad no se reduce necesariamente al análisis de los seres humanos que viven en ella. De este análisis de mayor amplitud surge el carácter positivista de la ciencia: del proceso desmenuzador de la experiencia histórica se infiere, inductivamente, un conjunto de leyes que, en modo análogo a la física general, sirven con la misma positividad a la física social.

En el aspecto práctico, Solari, como apunta Treves, apuesta parte de su interés por los incipientes estudios de Leplay y su escuela¹⁰, los cuales, desde la perspectiva de la historia de la sociología, pueden considerarse como pioneros en el uso consciente de instrumentos de investigación de campo social en pro de inferencias teóricas propias del mismo campo. Asimismo debemos vincular –y seguimos de nuevo la opinión del propio Treves– buena parte de los primeros escritos de Solari a las investigaciones empíricas que, con causa global en las nuevas condiciones de vida desprendidas de la revolución industrial, realiza el inglés Charles Booth. Siguiendo esta línea de inquietudes, la tesis doctoral de Gioele Solari lleva por título «Los salarios y los precios en Italia, en los Estados Unidos y en Inglaterra desde 1860 a 1894 como índice de las condiciones económicas y sociales»; de nuevo la relación de los escritos del maestro con la obra del discípulo es evidente.

Es pues la conciliación de la micro y la macrosociología una característica inequívoca de la relación sustancial del pensamiento solariano con la continuidad que en Treves finalizará con la consolidación de la sociología jurídica; y esta conciliación, en conclusión, de los análisis sociales y el positivismo teórico (que precede culturalmente al idealismo y –sobre todo en el campo jurídico– al neokantismo diferenciado de aquél) mantiene en conjunto un cierto cauce sobre el que acaso la sedimentación idealista acumulará sus contrariedades pero

¹⁰ Estudios sobre la familia y otros modos de comunitarismo con relevancia suficiente para la orientación social (más allá de los comportamientos individuales).

que, en definitiva, conservará unas formas esenciales sobre las que acomodar posteriores tendencias.

Posteriormente Solari se acomoda sin complejos al ambiente neoidealista italiano, cumpliendo así una labor de transición con nuestro autor que libera al neoidealismo de la univocidad con la que hasta ahora lo habíamos afrontado: con el estudio del Solari maduro y reposado, en cierto modo al margen pero respetuoso de los grandes sistemas científicos de concepción de la sociedad, ya no sólo entendemos el idealismo de cuño italiano como ambiente estático, sino también como elemento activo en el quehacer de Treves.

Solari dedica prácticamente la totalidad de su madurez intelectual a profundizar en su interés por la especulación filosófica, aunque con trascendencia, en posicionamientos puntuales, hasta resueltas manifestaciones políticas y jurídicas (trascendencia ésta que, al igual que sucedía con el antifascismo de Croce, provoca un modo de «fidelidad cultural» en Treves).

Sin embargo, la diferencia fundamental que establece Solari con la percepción idealista incrustada en la cultura italiana radica precisamente en la concepción de la vida jurídica y social, en cuanto es capaz de recoger las esencias de sus lecturas comtianas para otorgarle a la sociedad –como ente– una organicidad que históricamente venía siendo negada por el modo de conocer idealista, y que no pasa necesariamente por el análisis de la razón social hasta desglosarla en «átomos» cerrados de conciencia humana¹¹.

Esta extrañeza del pensamiento solariano (en cuanto se distancia de la visión social que por inercia cultural se imponía) se hace fundamental en la vertiente que caminará su discípulo¹². Y decimos vertiente (a modo de variación de la misma estructura) porque, a la postre, el Solari docente –y por tanto el catalizador de influencias para Treves– queda definido básicamente como un idealista capaz de asimilar en ese idealismo sus primeras inquietudes sociales y positivistas. La culminación del progreso intelectual en Solari deviene de una esencia hipotecada al idealismo; aunque pueda entenderse la sociedad sin una remisión expresa a sus átomos de conciencia humana, no puede, para Solari, entenderse un sentido social –cualquiera– sin remitirnos necesariamente al ideal –cualquiera– que se geste en estos átomos de conciencia humana. Treves escribe sobre él que «raramente» aparecen en su obra llamamientos a su «socialismo juvenil» (Treves 1991, 33) y, sin embargo, continúa con una interpretación al respecto, nunca lo

¹¹ Sin embargo, tal y como dice Treves: «El hecho de que, teóricamente, él concibiera la sociedad como una unidad, como un sujeto con valores propios, no le impedirá afirmar: "... el individuo no puede permanecer pasivo y extraño a tal desarrollo..."» (Treves 1991, 33).

¹² «el profundo interés que [...] demostró Solari por los problemas políticos y sociales, las exigencias por él sentidas [...] fueron siempre mantenidas dentro de los límites de una esfera ideal, elevados a un plano filosófico, lejano de todo lo que fuera particular y contingente» (Treves 1991, 34).

abandonó: «Pensamos [...] en su ensayo de 1945 sobre el pensamiento de Martinetti, en que declaraba explícitamente su propósito de dar relieve al binomio “justicia y libertad”...». A pesar de que, con un esfuerzo disociador, Solari «concibiera teóricamente la sociedad como una unidad, como sujeto con valores propios...», no impide sintetizar que, en efecto y al cabo, el profesor turinés nunca se despojara del idealismo por el que a su vez «el ideal penetra por todas partes en la vida social, y tanto es así, que en el fondo la dirige y orienta»¹³.

Se trata por tanto de una propuesta conciliadora a la que asignamos, desde estas líneas, un substrato generador en armonía con la tradición idealista de la que es derivación en cuanto la descripción social a través de las voluntades individuales (intenciones por un desarrollo social respetando la integridad de alter) prescinde del análisis histórico y por tanto empírico de la sociedad para, en alternativa a ello, desglosarla rudimentariamente en sus componentes éticos –o agentes que generan la ética–.

De esta consideración y de esta «tibieza» que no apuesta definitivamente por un idealismo individualista ni por un materialismo que haga de la sociedad un objeto de características precisas, surge la recepción del kantismo en clave social –una continuidad, por tanto, del neokantismo que nunca desapareció en el ámbito jurídico– de manera que «la filosofía del derecho debía encontrar su fundamento en un idealismo social que armonizase los principios de la libertad y de la dignidad del hombre, afirmados por Kant, con las concepciones orgánicas y objetivas de la sociedad, desarrolladas [...] por Comte y Hegel» (Treves 1991, 31).

Y en esta consideración por Kant –por su idealismo humanista– converge la figura de Gioele Solari con aquella otra catalizadora fundamental que apuntábamos anteriormente: Hans Kelsen. De hecho, el punto de convergencia lo situamos en la aceptación que en el magisterio solariano puede realizarse de un neokantismo expreso desde el que Kelsen desarrolla su teoría pura del derecho¹⁴. Es evidente que, con el paso del tiempo, la asimilación de la teoría estrictamente jurídica (sobre todo en la obra de Norberto Bobbio¹⁵) sería de mayor relevan-

¹³ Diferenciamos aquí el «idealismo filosófico» en sentido estricto del «idealismo mundano», basado en el intento de consecución de una idea/objetivo esencial. Podemos decir al respecto que el idealismo mundano que «orienta» la vida social se erige como un tipo de idealismo filosófico, ya que hace uso de la idea de los «ideales individuales» para reconstruir una versión transcendida de la sociedad. Una apuesta materialista analizaría la sociedad para desglosarla en sus agentes orientadores. Solari, sin embargo, realiza un juicio apriorístico (sintético *ex principii*) al que no le precede análisis.

¹⁴ Esta convergencia encuentra su iconografía en el momento en que Bobbio (tal y como recuerda en su escrito «Per Gioele Solari», propone a Solari continuar sus estudios: «gli scrissi [...] che mi sarebbe piaciuto continuare gli studi. Gli propono addirittura un tema: il neokantismo nella filosofia tedesca contemporanea» (Bobbio 2000).

¹⁵ La aprehensión que la filosofía analítica de la *scuola di Torino* realiza de la obra kelseniana es análoga a la que Kelsen hace del neokantismo, en cuanto el austríaco toma la lógica transcendental para componer su sistema cerrado y los italianos toman su lógi-

cia *per se* que la influencia del kelsenismo desde su raíz filosófica y relacional hacia la obra trevesiana. Sin embargo, reflejamos aquí este último factor en cuanto que la empresa sociológica italiana (y europea) queda en deuda con esta aprehensión relativista que nuestro autor hace del jurista vienés y su inherente kantismo marburgués.

A principios de los años treinta Renato Treves viaja a Colonia. El viaje responde, fundamentalmente, al interés por Alemania como campo de acción para la tradición filosófica idealista (no en vano Solari le aconseja vehementemente el estudio de la lengua teutona y sus grandes especuladores, de manera que otros de sus alumnos turineses como Norberto Bobbio o Ludovico Geymonant, visitan Heidelberg y Göttingen respectivamente¹⁶), así como se configura en la práctica metafórica –el viaje– como escenografía para la canalización receptiva de las tendencias filosóficas autóctonas. Así Treves se interesa por la obra de Kelsen, cuyas teorías irrumpían con ímpetu en el bullicio intelectual –pendular desde una perspectiva suficientemente amplia– de las teorías antiformalistas.

Este interés por Kelsen se caracteriza –y buscamos la originalidad en nuestro autor– no ya por una inquietud meramente jurídica del sistema que propone el austríaco (Treves fue su primer traductor al italiano¹⁷), sino por desentrañar los fundamentos filosóficos de dicho sistema, inquietud que le conduce así hasta el análisis de los movimientos neokantianos, actualizados por el interés creciente que Kelsen despertaba en Europa.

Así, Renato Treves escribe sobre su decisión de indagar en «el fundamento filosófico de la doctrina pura del derecho de Hans Kelsen, investigaciones que se extendieron sucesivamente a todo el neokantismo». Continúa Treves reconociendo «que aquellas investigaciones, sin que yo pudiera preverlo entonces, fueron útiles para mi orientación futura en el campo de la sociología del derecho» (Treves 1988a, 11). De este modo la escenografía propuesta en su viaje a Colonia se dilata hasta abarcar un segundo viaje a Alemania, concretamente a Marburgo, sede de una de las dos grandes corrientes neokantianas (*Marburger Schule*)¹⁸.

«La vuelta a Kant» se le propone a Treves como una alternativa real ante la posibilidad de asumir en pleno el idealismo radicalizado en boca de Gentile, Martinetti o Croce. El neokantismo, como vimos tangencialmente, precede en el tiempo al neoidealismo italiano (tomamos para esta nomenclatura convenciones sintéticas de la historia de

ca pura para desarrollar el análisis lógico del discurso (Opocher 1993, 252). De esta reflexión se desprende, centrifugada y por tanto ajena a nuestro objeto principal, la importancia de las primeras investigaciones de Treves al respecto para la conformación inicial de la que luego sería la *scuola di Torino*.

¹⁶ Así lo recuerda Norberto Bobbio en la *Prefazione a Il diritto come relazione*, (Treves 1993, V).

¹⁷ En 1933 (Treves 1991, 222).

¹⁸ La otra gran escuela que se deduce de esta diferenciación, en Baden, es la conocida como sudoccidental alemana.

la filosofía); sin embargo, seguimos en estas líneas un orden temporal estructurado por la asunción que Treves hace de dichas corrientes. En cualquier caso, la continuidad referida toma un sentido sensiblemente distinto ya que, aun conservando lugares comunes con el idealismo más clásico de los que partir, la crítica neokantiana se diferencia suficientemente como para generar una tercera vía al margen, evidentemente, del objetivismo social estricto, pero también del idealismo individualista.

Con esta perspectiva Treves aborda la teoría pura del derecho como «la obra más intencionalmente vacía de contenido ideológico-político que Kelsen hubiera escrito y, por consiguiente, la más fácilmente reconducible a los principios y a los esquemas de la lógica del conocimiento puro de Cohen», (Treves 1991, 222), a la que nuestro autor atribuye no sólo un carácter gnoseológico, sino también ontológico. En este punto radica la clave que relaciona el formalismo kelseniano con su raíz neokantiana: la lógica del conocimiento puro no toma sentido exclusivamente de una intención por el conocimiento de las cosas, sino que además, en la relación del Yo con las cosas, se genera, a través de las ideas –de la esencia, en términos platónicos y si acaso más básicos– la propia existencia (la identificación cartesiana de pensamiento y existencia). El formalismo se configura en esta lógica (que se le deduce al mismo Kant en su *Crítica de la razón pura*) como apriorismo condicionante de la experiencia, es decir, como relación lógica de la experiencia con la propia conciencia¹⁹.

Por tanto la propuesta de Kelsen se sitúa en la puesta en práctica de esta lógica, es decir, en la necesidad de construcción de un sistema cerrado jurídico que dé sentido a los fenómenos que, en ausencia de dicho sistema, no constataríamos como jurídicos o, simplemente, no percibiríamos (no existirían, por tanto, en buena lógica idealista²⁰).

El nuevo positivismo de cuño kelseniano²¹ establece así para el derecho un campo cerrado de deberes que sirve de nexo entre «la cosa

¹⁹ Así, «nel grave contrasto fra i due principi logici fondamentali della sostanza e della relazione, attorno a cui lavora da secoli il pensiero speculativo, le scuole neokantiane, col sostenere la superiorità del secondo principio, si sono ricollegati, come è naturale, alla Critica della Ragion pura ed essenzialmente alla 'logica trascendentale' in cui si tratta delle categorie dell' intelletto intese, non come semplici classi generali in cui si distribuiscono le nostre idee, ma come i concetti fondamentali dell' intendimento puro, come le condizioni formali a-priori della nostra conoscenza, ed in cui si accenna [...] al principio della risoluzione della sostanza in relazione», (Treves 1993, 4). Véase Kant (1989).

²⁰ Existe, por tanto, en cuanto se sustenta a sí mismo, como (en una imagen ilustrativa) el barón de Munchausen se sostiene en el aire sujetándose de los cabellos.

²¹ De donde surgirá lo que Guido Fassò llama la continuidad neopositivista que, a través de la *scuola di Torino* y la filosofía analítica, se le da a Kelsen, caracterizada por una «nueva fundamentación de la cientificidad de la jurisprudencia. El carácter esencial de la ciencia no es [...] su verdad absoluta, sino su validez, es decir, su idoneidad, partiendo de determinados principios, no absolutamente ciertos, sino puestos convencionalmente en cuanto necesarios en orden al fin que la ciencia se propone». (Fassò 1981, 279).

en sí» y la aprehensión subjetiva de dicha cosa como jurídica. Así, Kelsen, en su formalismo, no concede privilegios metajurídicos a la hora de conformar el contenido del derecho como sistema (a diferencia de Stammler, también jurista neokantiano que reenvía sin embargo dicha conformación a las exigencias económicas) y sólo se ocupa de la labor técnica, estructural (en cuanto diferenciación estructura/función) que proporcione un código interpretativo.

Siguiendo así a Cohen se concibe el derecho como mero producto cultural: no existen los hechos jurídicos si no preexiste a ellos una categoría lógica universal que les asigna la juridicidad. Se destacan así las que Cohen llama ciencias de la cultura, formadas desde una base aséptica, relacional, criticada por Treves hasta desembocar, en positivo, en su apuesta por los valores humanos y la ética *inter hominem* como subyacente a la creación cultural²².

Son estos mismos argumentos críticos de Treves acerca de la relación aséptica que atribuye Cohen al derecho²³ los que legitiman y, desde aquellos lejanos años treinta, en confabulación con el interés por las viejas teorías sociales, orientan a Treves hacia el camino sociológico: es necesaria la reinterpretación de las ciencias espirituales kantianas (las ciencias de la cultura en Cohen o idiográficas en Rickert) en virtud de la necesaria interrelación entre sí para rescatarle el antropocentrismo a la que, en definitiva, es acción humana.

La sociología del derecho es así la ciencia que estudia la vinculación del derecho en la sociedad y de la sociedad en el derecho. La razón para la existencia de una ciencia tal –en lo que el neokantismo la impulsa– radica por tanto en la necesidad de cada sistema lógico por ser a su vez consciente de los sistemas lógicos ajenos; es decir: el sistema del derecho (con forma de pirámide kelseniana en una versión ideal) aprehende fenómenos para conocerlos como jurídicos, pero debe tener en cuenta –y ésta es la vertiente que toma nuestro autor, agudizada en etapas posteriores por el perspectivismo de Ortega y Gasset– la posibilidad de que esos mismos fenómenos sean conocidos desde otros puntos de vista (como meros fenómenos sociales, por ejemplo).

En este punto Treves reclama la intervención humana, valorativa, para decidir la magnitud que se hace definitiva, la magnitud que exige un determinado «deber ser» social, previo al derecho. Para nuestro autor, Kelsen yerra al considerar la sociología del derecho como disciplina que desarrolla «sus investigaciones con el simple objetivo de

²² Para nuestro autor, dice Bobbio, «la dottrina pura del diritto è giunta a un tale grado di astrattezza e di svuotamento di ogni contenuto, da trascurare e da considerare come irrilevanti molti dei problemi più vitali della scienza giuridica, suscitando quindi un legittimo risentimento nei giuristi» (Treves 1993, VII).

²³ Sin embargo, según Agustín Ferraro, Cohen renuncia al sujeto de la «filosofía de la conciencia» y en su lugar propone «como sujeto de la moralidad una instancia conceptual que denomina autoconciencia del otro», lo que constituye, continúa, «un amplio y minucioso proyecto de fundamentación ética del socialismo» (Ferraro 2000, 171-172).

conocer y describir la realidad que lo circunda para que el práctico [...] pueda tomar decisiones ponderadas y racionales», sino que considera que «en el campo de la investigación sociológica del derecho los juicios de valor no pueden eliminarse, y que el presupuesto de la neutralidad valorativa de la ciencia es insostenible» (Treves 1983, 432). Éste es el lugar que Treves le reserva a la ética, a los derechos humanos, al idealismo que concibe el mundo como tendencia hacia la justicia.

Sin embargo, y a pesar de puntuales diferencias, durante los años de desarrollo de la sociología jurídica, Renato Treves desmiente con empeño la lógica superficial que contraponía la posibilidad de autonomía de dicha ciencia con la presunción de un sistema cerrado de derecho²⁴ (diferenciando así la sociología del derecho de la «experiencia jurídica» tan desechada teóricamente por Kelsen). «Según una opinión bastante difundida, Kelsen debería ser considerado como un adversario, un enemigo de la sociología. [...] mi propósito es demostrar que Kelsen ha suministrado, negativamente, valiosas contribuciones al estudio de los problemas sociológicos del derecho y de la justicia. [...] Kelsen ha determinado y definido la naturaleza y las tareas de la sociología empírica del derecho con una mayor precisión que la conseguida por los padres fundadores de esta disciplina» (Treves 1984, 99). Y en efecto, la determinación fronteriza del sistema jurídico en Kelsen propone la necesidad de un entorno, de una materialidad de la que diferenciar lo jurídico; y llega a esta distinción a través del binomio ser/deber ser, ya que para Kelsen el derecho propone leyes normativas (*sollen*) mientras que la sociología leyes explicativas (*sein*). Así advierte Norberto Bobbio que Kelsen se propone «no ir más allá de un tratamiento puramente formal de las normas jurídicas» (Bobbio 1981, 140), mientras la sociología del derecho trata de aprehender el derecho como dato social y así explicarlo en ese ámbito de modo análogo a como el biólogo explica la función de los órganos y células sin perjuicio de su estructuración —explicada por el físico— en moléculas y átomos. Para ello se refiere continuamente a la *Grundnorm*²⁵ como nexo del nexo, como punto relacional de todo el sistema jurídico relacional, como norma constituyente que sirve de punto de fuga, de atención a otros modos de conocimiento (Kelsen coloca en este cenit piramidal a las constituciones democráticas, que legitiman

²⁴ Bobbio distingue, según estudio de Opocher, la función del derecho de su estructura, reservando así a la filosofía del derecho el estudio del valor (como teoría de la justicia), a la ciencia jurídica el estudio de la validez del derecho y a la sociología del derecho el estudio de su eficacia. Luego continúa: «hay quien [...] permanece muy cercano a sus posiciones [de los neopositivistas] aun teniendo del derecho una visión esencialmente sociológica, como Renato Treves, que ha sido en Italia, tras el ocaso del idealismo, precisamente el primero y más eficaz cultivador de la sociología jurídica» (Fassò 1981, 280-281).

²⁵ Norma fundamental que Opocher identifica con el protocolo de la filosofía analítica (Opocher 1993, 252).

las normas con el poder político y éste con la voluntad social mayoritaria, es decir, con un factor social).

De este modo –desde la interpretación de Kelsen y el neokantismo, hilvanado con el idealismo social de Solari y los presupuestos neoi-dealistas italianos– hemos mostrado *grosso modo* la formación de Treves para el encuentro formal con la sociología. Este encuentro, que tiene lugar en el exilio argentino, se produce, por lo tanto, desde unos mimbres preparados (desde la solvencia filosófica) para recoger a la sociología como una ciencia de método.

EL EXILIO ARGENTINO

En 1938 Renato Treves emigra a Argentina. El exilio forzoso causado por las leyes racistas del régimen mussoliniano (Treves es tan solo un judío para el «apriorismo lógico» de aquel otro idealismo) supone una ruptura biográfica suficiente como para afrontar la nueva etapa enmarcándola en su periodo propio.

Si el viaje a Alemania dibuja una escenografía en la que representar algunas de las influencias primeras de la obra trevesiana, el exilio argentino se configura como un campo de acción aún más diferenciado, de manera que las nuevas circunstancias vitales repercuten en las investigaciones de nuestro autor.

«L'avventura intellettuale dell'esilio»²⁶ se caracteriza, esencialmente, por una ampliación de la perspectiva sobre el fenómeno jurídico. Como hemos visto, esta perspectiva parte de un ámbito idealista que, desde la filosofía, va dilatando sus pretensiones hasta que la línea ya vislumbrada en Italia acelera su recorrido en el nuevo clima cultural americano.

La convergencia de los que huían de los fascismos europeos se establece como caldo de cultivo para una reorganización intelectual de la resistencia; no solamente en el ámbito político, sino también en el social, jurídico, económico, artístico, etc... siendo buena parte de aquellos refugiados políticos de nacionalidad española, lo que empieza a configurar la influencia de la obra de Treves en nuestro país.

Así, en un tiempo en el que la política subyuga –a través de teorías extremas– muchos otros ámbitos de la actividad humana, sólo puede ser a través de la misma política –el antifascismo– como se liberan personalidades de muy diversos campos científicos. En nuestro caso, Renato Treves (hasta ahora filósofo del derecho) debe recurrir a la política como herramienta para el desarrollo de su propia función; sin embargo, este uso de la política no se resolverá, tras la caída de los fascismos, en un momento meramente instrumental, sino que a través de él, como veremos, se asimilará la necesidad de una interrelación científica con voca-

²⁶ Así la llama Tanzi a esta etapa (Tanzi 1997, 27).

ción de permanencia, de carácter esencial, para la que ya el relativismo y el antidogmatismo venían allanando el camino.

Treves viaja en un primer momento a Uruguay; tras dieciocho días de navegación llega a Montevideo: «no olvidaré jamás el aliento y los momentos de entusiasmo que encontré durante mi breve estancia en aquella ciudad» (Treves 1991, 96). Se refiere a Eduardo Couture, Emilio Frugoni, Luce Fabbri «... y otros antifascistas presentes y activos en aquella ciudad». Con estos tres nombres (el de un profesor de derecho procesal, el de un parlamentario socialista y el de una anarquista libertaria, respectivamente) damos cuenta de cómo una mínima puesta en común de intereses en el campo político (el antifascismo) es suficiente para vincular «culturalmente» a profesionales de diversos ámbitos. Esto que, en principio, supone tan sólo la unión pragmática de los desterrados en busca de su bienestar personal, impulsa una concepción conciliadora de la filosofía, una concepción que deviene en toda una «idea de la cultura».

Esta idea –más allá de un agrupamiento en negativo– sustancia su positividad con los *Quaderni italiani*. Esta publicación, al amparo del movimiento *Giustizia e Libertà*²⁷, da voz a la realidad del exilio italiano en América. Renato Treves recuerda la aparición de dos números en Estados Unidos en un artículo para el semanal *Italia Libera* en 1943 (Treves 1991, 109), destacando «la apreciable contribución que la juventud intelectual italiana aporta a la literatura antifascista». La materialización que supone este soporte como modo de acomunar ideas para exiliados que, hasta el momento, sólo quedaban unidos por la huida y el odio al régimen que la provocó, resulta conformarse como estímulo de «un valor cada vez más positivo y constructivo, evitando que se agote en comportamientos puramente negativos o que se deje desviar en el plano ideológico por las corrientes con las que debe colaborar en el terreno de la acción práctica» (Treves 1991, 110).

Sin embargo, la estancia de Treves en Montevideo (donde su actividad académica se reduce a varias conferencias²⁸), concluye con su viaje a Buenos Aires. Allí participa en el Convenio del Instituto argentino de filosofía jurídica, presidido por Carlos Cossío²⁹, gracias a quien firma un contrato con la universidad de Tucumán (ciudad natal de Cossío) para enseñar «Introducción al derecho» durante el año académico 1939/40.

En 1940 Treves es nombrado titular de la cátedra de sociología, de manera que, por primera vez y desde nuestra perspectiva, rescatamos de la biografía de nuestro autor una vinculación académica de sus querencias –aún tangenciales durante su primera etapa– con la alter-

²⁷ «... el espíritu y el pensamiento de *Giustizia e Libertà* continúan vivos en los artículos más significativos de los *Quaderni*» (Treves 1991, 112).

²⁸ Así lo señala Tanzi: «alcune conferenze a Montevideo nel novembre del 1938» (Tanzi 1997, 27).

²⁹ Jurista y filósofo argentino, fundador de la doctrina y escuela egológica del Derecho.

nativa intelectual que le ha hecho imprescindible en el pensamiento jurídico. Más allá de la línea razonable preservada hasta ahora en clave esencialmente filosófica (en función de la primera formación de Treves) hasta la consecución de la «sociología del derecho» como materia universitaria, a partir del momento argentino la sustanciación de esta alternativa lógica viene avalada por la institucionalización y, por tanto, por la garantía administrativa que confirma nuestras hipótesis.

En esta continuidad podemos aprehender la cátedra de sociología como una apuesta por una concreta de las influencias que en la primera etapa conformaron el espectro formativo de Renato Treves³⁰. Sin embargo, debemos desmentir una postura radical de esta posibilidad, ya que, si bien la cátedra abarca el estudio de la sociología como ciencia de método, no descarta las posibilidades idealistas que con tanta contundencia se dejaron en herencia a la intelectualidad italiana, ni las posibilidades de autonomía jurídica desarrolladas por Kelsen para admiración de nuestro autor. La docencia de la sociología para Treves no es una postura dogmática, unívoca que resuelve la heterogeneidad de los precedentes en una síntesis firme y definitiva, sino que es, ante todo, un oficio, una posición estratégica desde la que no renunciar a las dudas y, por tanto, a las investigaciones que merecían las corrientes idealistas, positivistas, formalistas, etc... que hasta ahora habían provocado en la obra trevesiana un progreso dialéctico (con recurrencia a nuevas tesis), enriquecido por la amplitud de miras y que, en 1939, toma tierra y encuentra espacio en la universidad de Tucumán.

Otorgamos, en esta lógica, un significado concreto (amplio desde una mirada multidisciplinar) a la toma de posesión de la cátedra de Tucumán: optar por la sociología toma así un valor más allá de la mera supervivencia personal y ya se configura como la línea académica en la que asimilar el resto de convicciones jurídicas y filosóficas, las cuales continúan su evolución teórica en América, sobre todo a través de la conocida como «filosofía de la cultura».

Existen diferencias sustanciales entre el desarrollo europeo (alemán, italiano, romántico en definitiva) de la filosofía de la cultura y el que se lleva a cabo, ya entrado el siglo xx, en América. A nuestro propósito sirve en principio esta variante transoceánica, sin embargo, recibida la filosofía de la cultura en aquel sentido, deviene relevante igualmente su sentido originario, ya que Renato Treves profundiza en él a través de la influencia de Ortega, canal para que la «cultura europea» interese en América.

Treves establece los puntos esenciales del itinerario que otro exiliado italiano (Rodolfo Mondolfo) recorre hasta empaparse de esta nueva filosofía (Treves 1991, 145). Podemos interpretar –desde nuestra perspectiva *a posteriori* por la que ya conocemos el alto grado de implicación de Treves con la visión «cultural» de la realidad– que

³⁰ Recordamos la importancia de los primeros sociólogos positivistas a través de la enseñanza de Solari.

aquel itinerario ajeno es un modo de autobiografía a través de la experiencia del colega y compañero de calamidades. Un modo discreto de contar lo propio a través de otro nombre.

Así, escribe Renato Treves a propósito de la llegada de Mondolfo a América, «es oportuno pensar en la denominada “filosofía de la cultura”, que era la filosofía en boga al final de los años treinta [...] una filosofía bastante poco definida que constituía sustancialmente el punto de encuentro de tres corrientes de pensamiento: la filosofía dominante en las universidades, el socialismo humanista y la obra de Ortega y Gasset»³¹. Este desglose marca el itinerario fundamental para la aprehensión de esta filosofía según el propio análisis de Treves, lo que invita a aplicárselo en cierta medida a él mismo en cuanto que en obras posteriores da síntomas de su aceptación.

Como primer momento del itinerario, nuestro autor se refiere a la filosofía dominante en las universidades latinoamericanas. Ésta le remite a la enseñanza de Alejandro Korn³², quien «empezó al inicio del siglo tomando postura contra el positivismo entonces dominante y afirmando la necesidad de volver a Kant. Posteriormente se aproxima al historicismo de Dilthey, al neokantismo, a la filosofía de los valores y sostiene [...] un relativismo gnoseológico y axiológico que lleva a rechazar por un lado las concepciones metafísicas entendidas por él como simples creaciones históricas y a negar, por otro lado, la independencia y el carácter absoluto de los valores en cuanto que éstos están siempre ligados a valoraciones personales y subjetivas» (Treves 1991, 161). La cultura supone, por tanto, un escenario de referencia para los valores que deambulan sobre él. Un escenario construido al compás de la historia y de la actividad humana, de los pueblos y de las querencias individuales.

El segundo momento del itinerario que nos introduce a la impregnación de la filosofía de la cultura en latinoamérica pasa por una cierta concepción del socialismo humanista, lo que nos hace recuperar —años más tarde y al otro lado del océano— la apuesta política (influencia docente en Treves) de Gioele Solari. Cuenta Renato Treves que Korn, «en los últimos años de su vida, se adhirió al Partido Socialista argentino y que la ideología en que se basaba aquel partido podía sustancialmente coincidir con su filosofía de la libertad creadora» (Treves 1991, 161). Hace hincapié, de hecho, en que el fundador de dicho partido, Juan B. Busto, había trabajado intelectualmente en una «interpretación humanista del socialismo», es decir, una postura política socialista que trabaje para la ética, una organización del estado orien-

³¹ Siendo este último momento (influencia de Ortega), la compuerta de acceso al interés por la «filosofía de la cultura» primigenia, europea.

³² Médico y pensador argentino que contribuyó en gran manera a la introducción de las modernas corrientes filosóficas en Argentina. Su filosofía axiológica se opone esencialmente al positivismo cientificista.

tado hacia el ideal de la libertad subjetiva y que, por tanto, respete los principios ético-políticos del liberalismo³³.

El tercer momento del itinerario, referido a la influencia de Ortega y Gasset, nos conduce a la revista fundada por el filósofo español (Revista de Occidente), de gran relevancia para la penetración del pensamiento europeo en América y que fomenta el estudio de los principales autores europeos de la filosofía de la cultura. La posibilidad que esta publicación ofrece para la apertura de foros acerca de autores de la talla de Lask, Radbruch, Dilthey o Mannheim³⁴, supone una aportación más al replanteamiento de la unilateralidad con que hasta entonces las tendencias positivistas, idealistas o estrictamente neokantianas habían estudiado el derecho.

El acceso a la filosofía de la cultura, fomentado por las concepciones básicas del propio Ortega y Gasset (Tanzi 1997, 58) y a las que Treves se refiere en gran parte de su obra como base indispensable de su sociología, reinventa un escenario nuevo para, en cierto modo, integrar la posibilidad abierta por la cátedra de sociología de Tucumán en unos parámetros conciliadores que doten de coherencia a su carrera profesional.

Esencialmente, la máxima perspectivista orteguiana («la realidad no es algo unitario e inmóvil, con una fisonomía propia, independiente del punto de vista desde el que se la considera, sino que es, por el contrario, algo múltiple, variable, que puede ser captado sólo desde un determinado punto de vista y que presenta por ello «infinitas perspectivas, todas igualmente verdaderas y auténticas», hecha excepción solamente de aquella que «pretende ser la única verdadera» y que, por esta pretensión, es por el contrario la única indudablemente falsa»³⁵) es la que otorga una primera legitimación a la asunción cultural de la producción humana, incluido el derecho. Desde esta máxima, Treves apuesta por una resolución de sus conocimientos filosóficos anteriores en este momento sintético que aboga por un relativismo no escéptico; renegando de las soluciones metafísicas, dogmáticas o positivistas, se da paso a una aceptación de lo que podemos llamar originalmente «idealismos no trascendentales», en el sentido de que se asumen todas las perspectivas «veraces» (Tanzi 1997, 43) pero sin que ninguna de ellas pueda ser asimilada como punto de partida y de revelación para un dogma complejo. Y esto, concretado en sus parámetros, viene a significar el reconocimiento, por ejemplo, de la libertad creadora humana (hacedora de la cultura en el sentido crociano) pero en combinación virtuosa con el mecanicismo de las agrupaciones humanas más

³³ A este respecto puede resultar ilustrativa la polémica que mantuvieron Francisco Ayala y Renato Treves, en la que nuestro autor abogaba –frente a la opinión de Ayala– por la posibilidad de reciclar en positivo los principios morales de la ideología liberal (Treves 1991).

³⁴ Se debe recordar la esencial formación germánica de Ortega que subyace en toda su obra filosófica.

³⁵ Expresión, paradójicamente, casi dogmática para Treves (Treves 1991, 162).

allá de los individuos (recuperando a Comte), sin otorgar carta de absolutividad a ninguna de las propuestas, sino recomponiendo la realidad en diversas caras: la realidad construida voluntariosamente y la realidad mecanicista; o, en lenguaje más propio que acople el concepto de cultura (a la postre causa de la nomenclatura de este movimiento), reordena el proceso lógico por el que los corpus culturales son creaciones humanas (desde la *Religione della libertà*, diría Croce) pero igualmente presupuestos para la acción humana, que sólo puede poner en práctica su libertad en una determinada (y determinante) cultura. Por esto procede el análisis «tra certe strutture mentali e certe «situazioni esistenziali» » (Tanzi 1997, 55), en el sentido de la filosofía del conocimiento de Mannheim.

Lo que interesa destacar es, en definitiva, la capacidad de asimilación que de otras corrientes posibilita la filosofía de la cultura, ejemplificada en la Revista de Occidente. Ofrece un método para la aceptación crítica, lo que en cierto modo sirve para que la carrera de nuestro autor no deba pasar por un momento traumático de decisión, sino que, sin desprestigiar sus influencias (varias y complejas llegados a este grado de desarrollo de su obra), se puedan reconducir a golpe de valoración crítica orientadas a maximizar los resultados científicos (sean estos filosóficos, políticos o, sobre todo, sociológicos). Para dar concreción paramétrica a esta apuesta metodológica, sirve la contundencia del libro con el que Treves cierra la etapa del exilio en 1947; *Derecho y cultura*³⁶ supone una reestructuración no traumática de su pensamiento, de modo que armoniza su nueva situación profesional (sociólogo) con la tradición jurídica de la que procede y las tendencias filosóficas de la cultura que le persuaden (tal vez también por el talante diplomático que implican, tan necesario en tiempos de guerra y exilio).

EL RETORNO A ITALIA: SUSTANCIACIÓN DE UN TIPO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Afrontamos en estas líneas el retorno a Italia como corolario para las bases jurídicas, filosóficas y políticas que hemos abordado anteriormente, dando así por concluido el propósito de este artículo con una breve síntesis del resultado obtenido por Renato Treves en el campo sociojurídico y que, siguiendo con escenografías, colocamos en el regreso definitivo a su país; es aquí donde desarrolla su empeño por la institucionalización y academización de la sociología del derecho.

Renato Treves muere en 1992, sin embargo aquel empeño hoy sigue vivo y agradecido a su contribución pionera. Más allá de destacar todos los méritos puntuales acumulados en esta última etapa de su trayectoria lo que interesa sobre todo a los propósitos de este artículo

³⁶ Cuya traducción al italiano se integra en Treves (1993).

es la definición de su sociología jurídica que resulta de las bases y fundamentos referidos. Una sociología del derecho que es, a su vez, la que predomina en otros ámbitos y otros países (entre ellos España), lo cual otorga aún más relieve a la obra de Treves, convirtiéndolo en metonimia de un proceso de mayor calado.

A través del itinerario seguido, han ido surgiendo una serie de variantes con enjundia suficiente como para precisar y dotar de concreción a la idea final que buscamos; así, debemos constatar como precisión a este otorgamiento que hacemos a la figura de Treves la circunstancia por la que la carrera académica de nuestro autor marca un sentido claro que lo lleva de la filosofía y la filosofía jurídica a la sociología y la sociología jurídica. Esta circunstancia, en cierto modo, sirve de reflejo aprehensible para comprender la dirección en la que también se mueve la institucionalización de la sociología jurídica en Italia: desde la filosofía y la filosofía jurídica.

En esta lógica, la consagración de Treves como paradigma de este proceso sirve para atestiguar la relevancia de filosofías concretas como el neoidealismo italiano (opuesto a las ciencias sociales), el positivismo (y la física social comtiana), el neokantismo (y su consecuencia jurídica kelseniana), la filosofía de la cultura, el perspectivismo orteguiano, etc...

De estas bases filosóficas hemos inferido un sentido preciso del método sociológico trevesiano que, sin duda, da continuidad a la extensa tradición humanista de las tierras transalpinas: una sociología jurídica que se adscribe –con relativismo– a la nación (la italiana, heredera de los idealismos y romanticismos decimonónicos) como corpus social diferenciado, que interactúa en los procesos políticos y jurídicos de su concreto ámbito nacional; una sociología jurídica de estirpe kantiana, comprometida con un evidente imperativo ético (que de lo nacional se proyecta en lo internacional), arraigada en la cultura jurídica continental (en cuanto la importancia de la *cerrazón* kelseniana privilegia sin lugar a dudas el «imperio de la ley» sobre otras consideraciones), relativista y capaz de informar al sistema jurídico del entorno social, ya que la sociedad es tomada como sujeto suficientemente autónomo capaz de generar información propia (información tanto sobre datos elementales –micro– como de teorías que resuelven un devenir de mayor amplitud –macro–). Una sociología jurídica socialista (de un socialismo originariamente antifascista y, por tanto, no necesariamente antiliberal) y reformista, sobre todo en el sentido del perspectivismo orteguiano por el que son tomados en consideración los distintos puntos de vista que, desde diversos ángulos, reconstruyen una realidad más plena y, por tanto, una realidad objetiva. De esta renuncia expresa al dogmatismo, a la absolutividad de un solo punto de vista como descriptor único de la realidad, se traslada al plano político la postura por la que las distintas perspectivas de la realidad social y sus exigencias políticas correspondientes son legítimas; desde los diferen-

tes grupos de presión, asociaciones, partidos etc, con intereses muy distintos, se compone por tanto –en esta lógica– una línea de progreso basada en reformas continuas.

Se trata, en definitiva, de un tipo concreto de sociología jurídica que, impulsada principalmente por Renato Treves, se ha hecho predominante en el panorama generado en los últimos años entorno a esta ciencia. Las puntadas lógicas que, por tanto, han hilado la relación entre los fundamentos filosóficos y iusfilosóficos iniciales desembocan en esta síntesis sociojurídica final. Todo ello sin perjuicio de una previsible evolución futura que ahonde en el método científico de una disciplina aún demasiado joven y de la que Renato Treves será siempre un referente fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

Autor principal: Treves, R.

- (1931) *La dottrina sansimoniana nel pensiero italiano del Risorgimento. Contributo alla storia della filosofia sociale in Italia nella prima metà del secolo XIX*, Istituto Giuridico della Regia Università di Torino, Torino, 83 pp.
- (1944) *Benedetto Croce, filosofo de la libertad*, ed. Iman., Buenos Aires, 126 pp.
- (1962) *Libertá politica e verità*, Edizioni di Comunità, Milán, 207 pp.
- (1962) «La sociología giuridica in Italia e i suoi possibili sviluppi» en *Quaderni di Sociologia XI*, núm. 3, pp 280-297.
- (1966) «Dall'idealismo storicistico alla sociología del diritto. Impressioni antiche e recenti su un libro sull'interpretazione delle leggi» en *Rivista internazionale di filosofia del diritto XLIII*, núm. 1, pp 368-378.
- (1983) «Hans Kelsen y la sociología del derecho, hoy», en *El lenguaje del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 425-434.
- (1984) «Sociología del derecho y sociología de la idea de justicia en el pensamiento de Hans Kelsen» en *Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universidad de Palma de Mallorca*, núm. 8, pp 99-116.
- (1987) *Sociología del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Nuova Biblioteca Scientifica Einaudi, Turín, 354 pp.
- (1988) «Un camino hacia la sociología del derecho», en Bergalli, Roberto (Coord.), *El derecho y sus realidades: investigación y enseñanza de la sociología jurídica: Jornadas sobre la Investigación y la Enseñanza de la Sociología Jurídica (Barcelona, 7-9 abril de 1988): homenaje a Renato Treves*, pp. 9-26.
- (1988) *Sociología del derecho: orígenes, investigaciones y problemas*, traducción de Manuel Atienza, Ariel, Barcelona, 252 pp.
- (1991) *Sociología del derecho y socialismo liberal*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 313 pp.
- (1993) *Il diritto come relazione. Saggi di filosofia della cultura*, Prefacio de Norberto Bobbio, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 211 pp.

Resto de autores:

- ARMELLINI, S. (1997): *L'idealismo sociale tra scienza e filosofia*, Edizioni Scientifiche Italiane, L'ircocervo, Nápoles, 330 pp.
- BOBBIO, N. (1997): «Max Weber e Kelsen», en el vol. *Max Weber e il diritto*, Angeli, Milán, pp 140 ss.
- BOBBIO, N. (1994): «Recuerdo de Renato Treves», en Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, núm. 15-16/2, pp 1051 ss.
- FASSÒ, G. (1981): *Historia de la Filosofía del Derecho*, Pirámide, Madrid, 422 pp.
- FERRARO, A. (2000): «El ideal ético más alto. Neokantismo y protección internacional de los derechos humanos», Isegoria: revista de filosofía moral y política núm. 22, pp 165-180.
- GENTILE, G. (1997): *Genesi e struttura della società*, vol. 3, Gallote, Milán, 235 pp.
- HEGEL, G. W. F. (1971): *Fenomenología del espíritu*, traducción de Wenceslao Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 482 pp.
- KANT, I. (1989): *Crítica de la razón pura*, prólogo, traducción, notas e índices Pedro Ribas, Alfaguara, Madrid, 694 pp.
- LOSANO, M. G. (1998): *Renato Treves, sociologo tra il vecchio e il nuovo mondo*, Edizioni Unicopli, Milán, 210 pp.
- OPOCHER, E. (1993): *Lezioni di filosofia del diritto*, Padua, Cedam, 318 pp.
- TANZI, A. (1997): *Renato Treves. Dalla filosofia alla sociologia del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 103 pp.
- WHITE, M. (1956): *La rivolta contro il formalismo*, Il Mulino, Bolonia, 379 pp.

Sobre la génesis de las ideas iusfilosóficas en España. Braulio Foz y «El verdadero Derecho natural»

Por GUILLERMO VICENTE Y GUERRERO
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El verdadero Derecho natural, *obra del humanista bajoaragonés Braulio Foz, constituye uno de los primeros tratados iusfilosóficos originales redactados en lengua castellana. Escrito durante el Trienio Liberal pero publicado diez años más tarde, presenta una cierta originalidad tamizada por el influjo de las tesis del ideólogo francés Antoine Destutt de Tracy. Para Foz la voluntad es la principal cualidad del ser humano, siendo su función primordial la satisfacción, mediante la elección racional en sociedad de los medios más adecuados, de toda una serie de necesidades naturales que conforman la verdadera esencia del Derecho natural.*

Desde esta perspectiva voluntarista, ofrece el análisis de los derechos naturales basados precisamente en esas necesidades que se encuentran en el interior del ser humano, y que se proyectan al exterior cuando los individuos se relacionan entre sí compartiendo una misma vida social. Entre tales derechos Foz destacará la libertad individual, la seguridad jurídica y, de forma especial, el denominado derecho natural a la propiedad privada, basamento sobre el que intentará sostener todo el orden social.

Palabras clave: *Braulio Foz, Derecho natural, Aragón, siglo XIX, ideas jurídicas, libertad, propiedad y seguridad, Estado liberal.*

ABSTRACT

The True Natural Law, by the Aragonese author Braulio Foz, constitutes one of the earliest original iusphilosophical works written out in the Spanish language. Written in 1822 but published ten years later, though this is a quite original work, it still shows the influence of the thesis of the French thinker

Antoine Destutt de Tracy. For Foz, the will, whose major purpose is to satisfy a whole series of natural needs that make up the true essence of the natural law, is the main feature of the human being.

According to this perspective, Foz carries out an analysis of those natural rights based on the needs which can be found in the human beings and, in turn, are revealed when human beings establish social relationships between them. Among these rights Foz highlights the individual freedom, the legal safety and above all the so-termed natural right to the private property, principle upon which the author will try to sustain the full social order.

Key words: Braulio Foz, natural law, Aragon, 19 th. century, legal ideas, freedom, property, safety, liberal state.

SUMARIO: I. OPORTUNIDAD DEL ESTUDIO DE LA OBRA JURÍDICA DE FOZ. UN IMPORTANTE VACÍO HISTORIOGRÁFICO.—II. EL VERDADERO DERECHO NATURAL. OBJETO, METODOLOGÍA Y FUENTES.—III. CONCEPTO Y ORIGEN DEL DERECHO NATURAL.—IV. EXPOSICIÓN DE LOS PRINCIPALES DERECHOS NATURALES.—V. CONCLUSIÓN.

I. OPORTUNIDAD DEL ESTUDIO DE LA OBRA JURÍDICA DE FOZ. UN IMPORTANTE VACÍO HISTORIOGRÁFICO

En los albores del siglo XXI uno de los principales problemas políticos ante los que se enfrenta España, en su doble dimensión nacional y estatal, gira en torno al debate que disputa alrededor de su propia génesis, dilucidando acerca de las condiciones, factores y sujetos que han contribuido a su alumbramiento y sobre su adecuada vertebración en un pluriverso de distintas sensibilidades nacionales y regionales.

Con nuestra Revolución de 1808 surge la invención de la idea de España como nación, favorecida por el vacío de poder que conlleva la ausencia de Fernando VII. La nación se convierte así en la primera fuente de legitimación del naciente sistema político-jurídico sobre el que deberá asentarse el recién levantado Estado liberal, pasando a ser el principal soporte ideológico imaginado por la nueva cultura oficial¹.

Este importante suceso se incardina sin embargo dentro de un complejo proceso que puede denominarse «doble patriotismo»², sustanciado por la defensa y conservación en cada territorio de los principales elementos identitarios de su pasado, con la subsidiaria finalidad

¹ Véase: PORTILLO VALDÉS, J. M., *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España (1780-1812)*, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

² En este sentido: FRADERA, J. M., *Cultura nacional en una sociedad dividida. Cataluña (1838-1868)*, Madrid, Marcial Pons, 2003 (original en catalán: *Cultura nacional dins una societat dividida. Patriotisme i cultura a Catalunya (1838-1868)*, Curial, Barcelona, 1992).

de incorporar aquéllos más significativos como piezas sustentantes del nuevo edificio constitucional nacional que se pretende construir, compitiendo de esta forma los diversos territorios entre sí con sus distintas recreaciones históricas, normas y tradiciones previamente seleccionadas.

El estudio pormenorizado del caso aragonés permite observar que en este viejo Reino se encumbrará de forma especial la llamada Constitución histórica aragonesa, integrada por sus antiguos Fueros, por la institución política del Justicia Mayor y por la inveterada apuesta de Aragón por la libertad. En la defensa de este singular proceso de doble nacionalización destacará Braulio Foz³, quien intentará potenciar la identidad histórica y cultural aragonesa conjugándola con un patriotismo español, de corte liberal, que pudiera además resultar eficaz como medio de lucha contra las pretensiones conservadoras del Antiguo Régimen⁴.

Nacido en el pueblecito turolense de Fórnoles en 1791, Foz fue uno de los humanistas más valiosos de la Zaragoza de la primera mitad del siglo XIX⁵. De convicciones liberales tamizadas por el influjo de una Ilustración dieciochesca, fue autor de varias obras de interés sobre la historia política de Aragón⁶, director y redactor del periódico progresista el *Eco de Aragón*⁷ y estudioso de las lenguas clásicas al calor de su cátedra de Lengua griega en la Universidad Caesaraugustana⁸,

³ Con carácter general me remito a mi trabajo: VICENTE Y GUERRERO, G., *Bases jurídicas y proyección política del pensamiento de Braulio Foz*, Zaragoza, 2006.

⁴ Sobre el particular: FORCADELL, C., «Los historiadores aragoneses del siglo XIX: las otras “anticipaciones” de Braulio Foz», en: MAINER, J. C., y ENGUITA UTRILLA, J. M. (eds.), *Entre dos siglos: literatura y aragonesismo*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2002.

⁵ La principal biografía decimonónica sobre Foz: OVILO Y OTERO, M., «Don Braulio Foz, Catedrático de la Universidad de Zaragoza», *Escenas Contemporáneas. Revista política, parlamentaria, biográfica, necrológica, científica, literaria y artística*, vol III, Madrid, 1858. Ver igualmente: GÓMEZ URIEL, M., *Bibliotecas antigua y nueva de Latassa de escritores aragoneses aumentada y refundida en forma de diccionario bibliográfico-biográfico por...*, tomo I, Imprenta de Calisto Ariño, Zaragoza, 1884.

⁶ En especial: FOZ, B., *Idea del Gobierno y Fueros de Aragón*, Zaragoza, Imprenta de Roque Gallifa, 1838. Existe reedición facsímil: Zaragoza, Rolde de Estudios Aragoneses, 1997. También reeditado en: FORCADELL, C., y MAZA CASTÁN, V. (eds.), *Historia y política. Escritos de Braulio Foz*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 2005. Ver igualmente: FOZ, B., *Historia de Aragón. Compuesta por A. S., y corregida, ilustrada y adicionada por D. Braulio Foz, catedrático de lengua griega en la Universidad de Zaragoza*, 5 tomos, Zaragoza, Imprenta y Librería de Roque Gallifa, 1848-1850. Sobre el particular: PEIRO ARROYO, A., *La «Historia de Aragón» de Braulio Foz y la construcción de una historiografía nacional aragonesa*. Dicho trabajo es el estudio crítico de la edición facsímil de esta obra publicada por la Diputación de Zaragoza en 2003.

⁷ Véase: FERNÁNDEZ CLEMENTE, E., «Braulio Foz, periodista», en: *Cuadernos de Estudios Borjanos*, núm. XV-XVI, especial «Homenaje a Braulio Foz», 1985.

⁸ Sobre la faceta literaria de Foz ver, en especial: CALVO CARILLA, J. L., *Braulio Foz en la novela del siglo XIX*, Teruel, Instituto de Estudios Turolenses, 1992. Más lejano en el tiempo, pero con aportaciones importantes: DEL ARCO, R., «Un gran literato aragonés olvidado: Braulio Foz», *Archivo de Filología Aragonesa*, tomo V, 1953.

desde donde alcanzaría una cierta notoriedad literaria por su *Vida de Pedro Saputo*⁹.

No obstante, antes de participar en el mencionado debate intentando compatibilizar la defensa de una doble identidad cultural aragonesa y española, Foz asentará los ejes de su pensamiento político elaborando un sistema iusfilosófico propio que hoy permanece en la más absoluta penumbra. El bajoaragonés construye un valioso, por personal, sistema que aparece recogido principalmente en *El verdadero Derecho natural. Obra necesaria a toda clase de personas*¹⁰, trabajo que pese a constituir uno de los primeros tratados originales de Derecho natural redactados en lengua castellana ha sido objeto de un sorprendente vacío historiográfico.

Dicho ensayo es escrito en 1822, siendo publicado en dos tomos con importantes adiciones diez años más tarde. De momento, tan sólo adelantar que para Foz la esencia del ser humano recae en su voluntad, cuya principal función estriba en localizar y satisfacer, mediante la elección racional de los medios más adecuados, toda una serie de necesidades naturales que conforman la verdadera substancia del Derecho natural. Desde esta perspectiva voluntarista, Foz ofrece el análisis de los derechos naturales basados precisamente en dichas necesidades, entre los que destacará un nuevo grupo de derechos a los que calificará como «derechos del hombre en la sociedad universal».

En 1834, tras la muerte de Fernando VII, Foz publica un folleto en el que desgrana algunos de los principios organizativos básicos del nuevo Estado liberal: *Derechos del hombre deducidos de su naturaleza y esplicados por los principios del verdadero derecho natural*¹¹. En este breve opúsculo se decanta con rotundidad por una soberanía compartida entre el rey y la nación representada en Cortes, inclinando no obstante la balanza en favor de los intereses del monarca, ya que a su juicio «tiene el príncipe el derecho de legislar, y de administrar el estado; y la nación el de representarse delante de él por medio de procuradores diputados para pedir las leyes y providencias que convengan»¹². Dicha representación será censitaria, y girará en torno a la riqueza como principal parámetro.

Toda la obra se mueve alrededor del desarrollo de los «derechos del hombre ciudadano», lo que confiere al folleto un inusitado interés, pues no en vano el propio Estatuto Real carecía precisamente de una carta de derechos. Tales derechos no son a juicio de Foz susceptibles de concesión discrecional por parte de los poderes públicos, sobresa-

⁹ Foz, B., *Vida de Pedro Saputo, natural de Almodévar, hijo de mujer, ojos de vista clara y padre de la agudeza. Sabia naturaleza su maestra*, Imprenta de Roque Gallifa, Zaragoza, 1844.

¹⁰ Foz, B., *El verdadero Derecho natural. Obra necesaria a toda clase de personas*, 2 tomos, Valencia, Imprenta de Gimeno, agosto y septiembre de 1832 (redactado en 1822).

¹¹ Foz, B., *Derechos del hombre deducidos de su naturaleza y esplicados por los principios del verdadero derecho natural*, Imprenta de Juan Oliveres, Barcelona, 1834.

¹² *Ibidem*, p. 61.

liendo por encima del resto el derecho a la seguridad, al que vinculará significativamente con la propiedad privada. El aragonés conecta la aprobación de los mencionados derechos ciudadanos con las exigencias de la propia razón, subrayando con evidente intención que «ningún gobierno: que sea absoluto, que sea representativo, legal o despótico, todos tienen que reconocerlos, o nos quitan el ser de hombres y quedamos reducidos a la condición de irracionales»¹³.

Foz termina de moldear las bases jurídico-políticas sobre las que había ido fundamentando su propio sistema con la publicación, en 1842 y en dos tomos, de su *Derecho natural civil, público, político y de gentes fundado en las necesidades del hombre y en la propiedad*¹⁴. En dicho trabajo reafirma, textualmente, los principios defendidos en sus dos obras jurídicas anteriores, ofreciendo tan sólo tres epígrafes nuevos: «Derecho público general», «Derecho natural político» y «Derecho natural de gentes». Sobre la cuestión clave en la España de la época: la sucesión de las hembras, afirma que aunque la titularidad de la soberanía es hereditaria para las hembras, en ningún caso lo es su ejercicio, «de suerte que una mujer heredera de una corona, que lo es por el derecho natural, siempre es menor de edad»¹⁵.

La parte que dedica el autor de Fórnoles a reflexionar sobre las posibles formas de gobierno es posiblemente la más interesante de todo el tratado. Foz se siente sorprendentemente indiferente ante unos sistemas de gobierno u otros, pues «cual convenga más al pueblo no lo examina el derecho natural»¹⁶. Ello le hace reivindicar la legitimidad de todo tipo de gobiernos, siempre que éstos se comprometan a respetar «los derechos del hombre ciudadano», acomodándose a las opiniones de sus ciudadanos, a las particularidades de sus naciones y a las modas y costumbres de sus siglos.

En definitiva, el sistema elaborado por Braulio Foz a lo largo de las tres mencionadas obras se funda en el Derecho natural, al que recurrirá como filtro objetivo para evaluar el conjunto de fueros, instituciones políticas y administrativas, tradiciones, mitos y símbolos de los antiguos reinos medievales hispanos que pugnan entre sí, desde las mismas Cortes de Cádiz, por aportar sus propios elementos identitarios a la construcción del incipiente Estado liberal nacional español. Los preceptos consagrados por el Derecho natural son pues para Foz verdaderos criterios objetivos de legitimidad para el nuevo entramado jurídico político que se pretende crear.

Apelando a esos principios iusfilosóficos reivindicará más adelante el enaltecimiento de la Constitución histórica aragonesa, cuya consideración, precisamente por no contravenir las exigencias del Dere-

¹³ *Ibidem*, p. 12.

¹⁴ Foz, B., *Derecho natural civil, público, político y de gentes fundado en las necesidades del hombre y en la propiedad*, 2 tomos, Imprenta de Roque Gallifa, Zaragoza, 1842.

¹⁵ *Ibidem*, tomo II, p. 111.

¹⁶ *Ibidem*, tomo II, p. 98.

cho natural, pasará a elevarse a la condición de auténtico paradigma de un sistema político verdaderamente liberal. Como señala Jesús Delgado: «en su patria aragonesa, en las viejas instituciones y en los Fueros derogados, todo lo encuentra conforme a los ideales que profesa y al Derecho natural que enseña. Aragón es el reino en que su nostalgia erudita sitúa la tierra de la libertad»¹⁷.

El análisis del sistema iusfilosófico ofrecido por Foz tan sólo se ha acometido a través de un par de aportaciones de interés muy dispar. Desde el terreno de la historia de la literatura contamos recientemente con una simplista aproximación al pensamiento iusfilosófico del bajoaragonés, firmada por Jacques Ballesté, cuyos resultados parecen en cierto modo disculpables por carecer el francés de los conocimientos jurídicos necesarios¹⁸. Más valiosa resulta pese a su brevedad una lejana comunicación de Juan José Gil Cremades sobre las ideas jurídicas de Foz¹⁹. Escaso bagaje, en cualquier caso, para el conjunto de una obra de estas características.

II. EL VERDADERO DERECHO NATURAL. OBJETO, METODOLOGÍA Y FUENTES

Braulio Foz elabora las bases iusfilosóficas sobre las que hará descansar su pensamiento político con *El verdadero Derecho Natural. Obra necesaria a toda clase de personas*. Pese a escribirse en 1822 hubo que esperar diez años para su efectiva publicación, lo cual no dejó de ser según el propio autor un hecho afortunado, ya que el resultado final de la obra se benefició al «no imprimirla entonces por lo mucho que después la he mejorado»²⁰.

El verdadero Derecho Natural puede jactarse de ser uno de los primeros tratados originales de Derecho natural redactados en lengua castellana²¹, como el mismo Foz reconocerá vanidosamente al advertir a todos sus lectores que «nadie se debe agraviar de que me haya metido el primero en este campo abandonado desde el nacimiento de las ciencias»²². El aragonés subraya además con evidente complacencia y no sin cierta ingenuidad que «formar su ciencia, derivando de aquélla los principios que la componen, arreglarlos, sacar y probar su

¹⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*, Alcrudo editor, Zaragoza, 1977, p. 170.

¹⁸ BALLESTÉ, J., *Braulio Foz, pensador y literato*, EUNSA, Pamplona, 1999.

¹⁹ GIL CREMADES, J. J., «Braulio Foz, tratadista de «Derecho Natural»», en: *Cuadernos de Estudios Borjanos*, núm. XV-XVI, *op. cit.*

²⁰ FOZ, B., *El verdadero Derecho Natural...*, *op. cit.*, tomo I, prólogo, p. LVI.

²¹ Véase: TORRES CAMPOS, M., *Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la Política (1800-1880)*, parte I, Madrid, Fernando Fé, 1883, pp. 52 ss.

²² FOZ, Braulio, *El verdadero Derecho Natural...*, *op. cit.*, tomo I, prólogo, p. LXV.

sistema, todo en el orden riguroso y fin legítimo de la Naturaleza, nos lo habían dejado a nosotros»²³.

En cualquier caso lo cierto es que Foz contribuye a iniciar en territorio español el género de los ensayos de Derecho natural de autor patrio, interrumpiendo una tradición secular que, procedente de la Ilustración, exportaba y traducía al castellano las principales obras iusfilosóficas escritas en latín, italiano y francés. Dichas traducciones continuaron no obstante en España a lo largo de buena parte del siglo XIX, en especial en aquellos períodos en los que la censura se mostró menos beligerante contra uno de los elementos claves del liberalismo político decimonónico²⁴.

Foz habla del tema con una sorprendente, y en no pocos casos excesiva, desenvoltura, advirtiendo «que en algunas partes uso un estilo fuerte y muy resuelto, mas por eso nadie piense que intento avasallar el juicio del público»²⁵. Esta candorosa autoconfianza late con fuerza a lo largo de toda la obra, incitándole a afirmar que «cuando siento o espongo principios rigurosos, uso el estilo resuelto que conviene a la verdad»²⁶, e incluso llevándole a dar «tan resueltamente, como seguro de la voluntad, por verdades incontestables mis principios de Derecho Natural»²⁷.

La alta estimación que siente el bajoaragonés por su propia obra aparece además reforzada al considerar la materia iusfilosófica más cercana a los filósofos morales que a los jurisconsultos, pues no en vano la lectura de la obra clave del período, los *Elementa Juris Naturae et Gentium*²⁸ de Heineccio, le incita a cuestionarse si realmente «¿ésto es Derecho Natural? (me decía a mí mismo) no puede ser; ésto yo ya lo sabía: ésto es filosofía moral, sin otra diferencia de los libros que yo he visto que el aparato del método y la afectación de este nuevo estilo»²⁹.

Foz se manifiesta a lo largo de todo su tratado en primera persona, apoyado en una bibliografía que parece conocer bien: «no he perdonado estudio, ni trabajo para alcanzar la perfección posible a mis fuerzas»³⁰, lo que no resulta sin embargo óbice para intentar curarse en salud al señalar que «va todo de memoria y escribo sin libros»³¹, tal vez con la encubierta intención de evitar acusaciones futuras por

²³ *Ibidem*, tomo I, p. 104.

²⁴ Sobre el particular: GIL CREMADES, J. J., «Braulio Foz, tratadista de «Derecho Natural»», *op. cit.*, p. 84.

²⁵ FOZ, B., *El verdadero Derecho Natural...*, *op. cit.*, tomo I, prólogo, p. LXII.

²⁶ *Ibidem*, tomo II, p. 151.

²⁷ *Ibidem*, tomo I, p. 315.

²⁸ HEINECCIO, J. G., *Elementa Iuris Naturae et Gentium castigationibus ex catholicorum doctrina et iuris historia aucta ab Joachino Marin et Mendoza*, Matriti, sumtibus Emman Martini, MDCCLXXVI. Esta obra sería objeto de varias ediciones, ya en castellano, a lo largo del siglo XIX.

²⁹ FOZ, B., *El verdadero Derecho Natural...*, *op. cit.*, tomo I, prólogo, p. LIII.

³⁰ *Ibidem*, tomo I, prólogo, pp. LI y LII.

³¹ *Ibidem*, tomo I, prólogo, p. XLII.

tenencia de libros prohibidos³². Sus fuentes no son escolásticas sino racionalistas, resultando fundamental en la construcción de su teoría del Derecho natural la influencia del ideólogo francés Antoine Destutt de Tracy, cuya obra acababa de ser objeto de una edición resumida y traducida al castellano³³.

Dicha obra había sido publicada originariamente por Destutt de Tracy en francés en 1804 con el título de «Elementos de Ideología» en tres abultados tomos. En ella se presenta un sistema de lógica dividido en tres partes. La primera es la que influye poderosamente sobre Foz, y trata sobre la ideología propiamente dicha, girando alrededor de la generación y formación de las ideas. La segunda versa sobre la creación y usos de los signos que expresan dichas ideas, constituyendo una especie de gramática filosófica. La tercera trata exclusivamente sobre lógica, y en especial sobre el proceso deductivo necesario para vislumbrar tales ideas.

Unos años más tarde, en pleno Trienio Liberal, el tratado de Destutt de Tracy ve la luz en castellano, gracias a la traducción llevada a cabo por Juan Justo García, presbítero y diputado a Cortes por Extremadura. En el mismo prólogo Justo García justifica su edición, subrayando los inconvenientes que para los jóvenes españoles habría tenido la publicación de los tres profusos volúmenes de Destutt, afirmando textualmente que «no creyéndome yo capaz de mejorarla, tomé la resolución de formar de ella un extracto fiel, acomodado, y acaso más claro que el original; pues reducido a un solo tomo, ahorrando repeticiones y algunas pequeñas discusiones de poca importancia, he logrado a mi ver acercar más las ideas principales y expresar los pensamientos con más claridad sin perjuicio de su exactitud»³⁴.

El propio Foz parece recrearse al admitir que precisamente a partir de una máxima de Destutt de Tracy ha sido capaz de elaborar su propio sistema iusfilosófico: «Y al llegar a aquellas palabras: *los derechos del ser sensible nacen de sus necesidades*, me sentí detenido de golpe, herido de esta idea. Me paro, leo una y otra vez esta inmortal proposición, la examino, pienso en mi frustrado Derecho Natural, discuro, me aseguro más y más, corre mi pensamiento, vuelvo al principio, lo aplico a todos los estados del hombre, y he aquí que se descubre a mi vista un nuevo orden de cosas... y temblando no se me perdiesen tantas y tan hermosas ideas, tomo la pluma y escribo con precipitación»³⁵.

En un escalón inferior también se hace notar el influjo de otros importantes autores como el filósofo y matemático Pascal, a quien

³² En este sentido: BALLESTÉ, J., *Braulio Foz, pensador y literato*, op. cit., p. 99.

³³ DESTUTT DE TRACY, A., *Elementos de verdadera lógica*, Imprenta de Don Mateo Repullés, Madrid, 1821.

³⁴ JUSTO GARCÍA, J., «Prólogo a los Elementos de verdadera lógica de Antoine Destutt de Tracy», op. cit., pp. VII y VIII.

³⁵ FOZ, B., *El verdadero Derecho Natural...*, op. cit., tomo I, prólogo, pp. LIV y LV.

Foz distinguirá calurosamente junto con Bacon como «el talento más grande de Europa en aquel siglo y en el anterior, en el siguiente y en el que estamos»³⁶. Igualmente reseñable resulta en su obra la influencia de filósofos racionalistas como Descartes, Malebranche o el propio Bacon, o de teóricos del Derecho como Pufendorf, Burlamaqui, Barbeyrac o Heineccio. Especial autoridad parecen ejercer sobre el de Fórnoles los ya mencionados *Elementa Juris Naturae et Gentium* de éste último, y ello pese a las afirmaciones más que reticentes del propio Foz sobre la utilidad real de un manual cuya lectura «me iba aca-lorando de no hallar lo que buscaba»³⁷.

No saldrán mejor parados Barbeyrac, Burlamaqui o Pufendorf, pues Foz se preocupará por subrayar que procedió a su lectura «ven-ciendo mi repugnancia, que era grande, pues tenía para mí, y así me sucedió en efecto, que aquellos autores nada podían enseñarme»³⁸. Siendo innecesaria la valoración de afirmación tan petulante, acierta no obstante Ballesté al señalar que «es cierto que Foz siempre ha des-confiado de las «escuelas» y que prefería experimentarlo todo por sus propios medios»³⁹. El mismo Foz confirma las anteriores palabras, al destacar que nadie debe «admirarse de que al descrédito del nombre siga la condenación de todo lo que lleva la marca de sus escuelas»⁴⁰.

A los teólogos y filósofos escolásticos el bajoaragonés reprochará que «sólo han sabido decirnos fruslerías inútiles... Ciegos con su amartelados primeros principios, y pagados de su funambulismo aris-totélico»⁴¹. De Condorcet afirma que alguna de sus ideas «es sólo digna de un filósofo turco»⁴², asegurando que para explicar la general aceptación de sus postulados en Francia «no basta la ignorancia; deben concurrir la barbarie y el fanatismo con el auxilio de un envilecimien-to habitual, como no es posible hallarse en ninguna otra nación de Europa»⁴³. Suerte parecida correrá Hobbes, a quien acusará de «enun-ciar proposiciones tan repugnantes y no curarse de probarlas»⁴⁴.

En realidad el objeto final que Foz persigue con todas estas desca-lificaciones consiste en denunciar que «visto un tratado de moral, vis-tos todos los que se conocen de Derecho Natural, y visto uno de éstos, vistos también todos aquellos. Todos son unos sin más diferencia que la de los nombres: el Derecho natural no se halla en ninguno»⁴⁵. Con ello está afirmando que los escritos de los anteriores tratadistas de Derecho natural venían «a ser una mera filosofía moral que, fuera de algo de lo que llaman Derecho público, se sabía antes de ellos tan bien

³⁶ *Ibidem*, tomo I, prólogo, p. XLII.

³⁷ *Ibidem*, tomo I, prólogo, p. LIII.

³⁸ *Ibidem*, tomo I, prólogo, pp. LVI y LVII.

³⁹ BALLESTÉ, J., *Braulio Foz, pensador y literato*, op. cit., p. 97.

⁴⁰ FOZ, Braulio, *El verdadero Derecho Natural...*, op. cit., tomo I, p. 305.

⁴¹ *Ibidem*, tomo I, p. 244.

⁴² *Ibidem*, tomo II, p. 214.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*, tomo I, p. 310.

⁴⁵ *Ibidem*, tomo I, pp. 83 y 84.

como se ha sabido después: ciencia (lo repetimos), no les debemos ninguna»⁴⁶.

En cualquier caso, y pese a las manifestaciones de Foz, lo cierto es que la sistemática empleada por el bajoaragonés es muy similar a la de Heineccio, cuyo tratado había sido ya adoptado en tiempos de Carlos IV como libro de texto por varias universidades españolas⁴⁷, entre las que se encontraba la de Zaragoza⁴⁸, tras la edición expurgada por Joaquín Marín y Mendoza, a la sazón primer catedrático de Derecho natural en España⁴⁹.

Braulio Foz divide *El verdadero Derecho natural* en cinco títulos, repartidos a lo largo de dos profusos volúmenes, que aparecen encabezados por un sugestivo prólogo redactado en 1832, una vez que la obra había sido ya concluida y se preparaba para su inminente publicación: «diez años hace que trabajo en este sistema; y aunque no he empleado en él todo el tiempo, ni aún la mitad; pero cuando mi salud y mis circunstancias lo han permitido, aquí ocupé mi pensamiento»⁵⁰.

Dicho prólogo se inicia con una advertencia fundamental, pues sirve de basamento a su posterior construcción política y ayuda a explicar, en parte, la absoluta y sorprendente indiferencia que Foz sentirá a lo largo de toda su vida ante los diversos sistemas de gobierno posibles, lo que mitigará de forma indiscutible sus confesados anhelos progresistas: «el Derecho Natural no destruye ninguna bien fundada opinión acerca de las diferentes formas de gobierno que se conocen; porque todas pueden ser legítimas según la Naturaleza, y todas ilegítimas según las causas que tal vez les damos los hombres. Y sobre todo a ninguna está atribuida exclusivamente la justicia, que en efecto es lo que nos importa»⁵¹.

Es esta una de las ideas claves del tratado, cualquier forma de gobierno puede resultar legítima siempre que no contradiga las directrices del Derecho natural. Foz establece pues un principio de legitimidad para tales sistemas nada concorde con los postulados del liberalismo exaltado: «¿Quién negará que debajo de la monarquía absoluta puede haber verdadera libertad, y debajo de la democracia pura verdadera tiranía? La historia política de las naciones me daría ejemplos a manos llenas que confirmarían mi proposición del principio, que a ninguna forma de gobierno está atribuida exclusivamente la justicia, ni el poder de hacer felices a los pueblos»⁵². Las bases iusfi-

⁴⁶ *Ibidem*, tomo I, p. 115.

⁴⁷ Véase: ESCALONA MARTÍNEZ, G., *Filosofía jurídica e ideología en la Universidad española (1770-1936)*, Universidad Complutense, Madrid, 1982, tomo I, pp. 51-76.

⁴⁸ Sobre el particular: VICENTE Y GUERRERO, G., «Iniciales vías de penetración del iusnaturalismo en Aragón», en: VVAA, *Historia de la Facultad de Derecho de Zaragoza*, Zaragoza, Universidad, en prensa.

⁴⁹ Ver: RUS RUFINO, S., *Historia de la Cátedra de Derecho Natural y de Gentes de los Reales Estudios de San Isidro*, Universidad de León, León, 1993.

⁵⁰ FOZ, B., *El verdadero Derecho Natural...*, *op. cit.*, tomo I, prólogo, p. LII.

⁵¹ *Ibidem*, tomo I, prólogo, pp. XIII y XIV.

⁵² *Ibidem*, tomo I, prólogo, p. XVIII.

losóficas de su construcción condicionan y moldean así su indefinición política posterior.

III. CONCEPTO Y ORIGEN DEL DERECHO NATURAL

Braulio Foz inicia el título primero de su obra, denominado expresivamente «Noticia del Derecho natural», abordando la noción y el alcance del Derecho natural. Partiendo de la ya mencionada máxima de Destutt de Tracy sobre la que construye todo su edificio teórico: *los derechos del ser sensible nacen de sus necesidades*, el bajoaragonés afirma que el ser humano experimenta toda una serie de necesidades naturales que voluntariamente intenta complacer, discutiendo acerca de los medios más adecuados para lograr su completa satisfacción. Ello supone, en mi opinión, la introducción de una instancia de racionalidad efectiva sobre una imagen ciertamente voluntarista de los seres humanos.

Así, el origen del Derecho natural deriva para Foz precisamente «de las necesidades. Y éstas ya se entiende que son aquéllas a que la Naturaleza ha sujetado a todo viviente por las leyes de la existencia»⁵³. El hombre por su parte goza, siguiendo la construcción foziana, «de tener naturalmente un derecho muy efectivo a socorrer sus necesidades, pues por la sola voz amiga de tales sensaciones entiende, conoce, y sabe atender a la conservación de la vida. Y este derecho que de aquí resulta con todas sus consecuencias y conexiones, es el que llamamos Derecho Natural»⁵⁴.

Sin embargo, Foz no se resiste a vincular el origen del Derecho natural con una instancia religiosa a la que debería inicialmente su misma existencia, al postular que «el Derecho Natural no procede por axiomas o verdades generales, de las que llaman en las escuelas primeros principios... Los principios del Derecho Natural son otros; son las leyes mismas de la creación, aquellas leyes con que nuestro Autor Soberano estableció nuestra conservación en la vida de racionales, que quiso y quiere que vivamos»⁵⁵.

El origen divino de la nueva ciencia no admite dudas para Foz, subrayando que «el Derecho Natural, de las obras de Dios que llaman de Naturaleza, es un orden de leyes físico-morales que tienen su actual principio en nuestra sensibilidad, y fueron hechas para sostener nuestras justas necesidades: leyes rectas, necesarias, convenientísimas, y adorables»⁵⁶, cuya finalidad principal para el autor de Fórnoles no deja de ser «la conservación y perfección de la vida»⁵⁷.

⁵³ *Ibidem*, tomo I, p. 73.

⁵⁴ *Ibidem*, tomo I, pp. 79 y 80.

⁵⁵ *Ibidem*, tomo I, prólogo, pp. XLIX y L.

⁵⁶ *Ibidem*, tomo I, prólogo, pp. X y XI.

⁵⁷ *Ibidem*, tomo I, prólogo, p. XXV.

Foz encuentra pues en la propia divinidad el origen primero del Derecho natural. Este se activa cuando surgen las primeras necesidades sensibles y el hombre debate racionalmente los medios, y por tanto las reglas, más adecuadas para su total satisfacción. La asunción de tales normas se ve complementada necesariamente con su efectiva conciliación con la propia Moral, pues los principios del Derecho natural no dejan de ser a su juicio sino leyes físico-morales, habiendo «encontrado una correspondencia tan satisfactoria, como inesperada, entre los fueros atrevidos del Derecho Natural y las reglas más severas de la virtud»⁵⁸.

El concepto de Derecho natural que Foz ofrece en su tratado resulta consecuente con esta doble imagen voluntarista-religiosa, al definirlo como «la facultad naturalmente autorizada para satisfacer nuestras necesidades por el uso lícito de medios que nos pertenezcan»⁵⁹. De vocación universalista, el Derecho natural es así la «ley de todas las leyes, una Constitución eterna sin pasiones, sin ignorancia, sin erratas y sin enmienda: una Constitución de todos los hombres y pueblos del mundo, de todos los tiempos, climas y circunstancias. Si así no fuera, ¿qué sería de las cosas de los hombres?»⁶⁰.

Este último interrogante planteado es un buen exponente de la nula confianza que al aragonés parecen despertar las propias leyes emanadas por las diversas instancias humanas, normas a las que califica sin contemplaciones como «escollo eterno de la sabiduría humana... sirviendo sus cuerpos inmensos de monumentos ridículos de la vanidad y torpeza de los hombres»⁶¹. Foz subraya su naturaleza mutable y transitoria, pues si el Derecho natural «es el mismo en todos los pueblos y naciones aunque no lo conozcan; éste (el positivo) es diferente en unas de otras, como es su carácter y sus costumbres»⁶².

Foz incide en que el Derecho positivo, el cual en su opinión no deja de ser una «mera interpretación de aquel (del natural) por una potestad legítima, aplicado convenientemente a circunstancias de la vida civil»⁶³, resulta incapaz de garantizar tanto el valor supremo de la justicia como el sacrosanto derecho a la propiedad, ya que «jamás se probará que las leyes positivas tengan virtud para constituir la verdad natural de las cosas... son justas o injustas según fueren consonantes o disonantes a aquella verdad... si quieren ser justas, no pueden tener otro objeto que proteger el orden de verdades naturales que forman el estado del hombre, siendo la propiedad la primera de todas»⁶⁴.

⁵⁸ *Ibidem*, tomo I, prólogo, p. LVII.

⁵⁹ *Ibidem*, tomo I, p. 71. En similares términos se pronuncia en las pp. 117 y 124 de este mismo tomo I.

⁶⁰ *Ibidem*, tomo II, pp. 214 y 215.

⁶¹ *Ibidem*, tomo I, p. 95.

⁶² *Ibidem*, tomo I, p. 99.

⁶³ *Ibidem*, tomo I, pp. 71 y 72.

⁶⁴ *Ibidem*, tomo I, p. 317.

Esta contraposición, utilizando la propia terminología fociana, entre las leyes rectas, sabias e inmutables del Derecho natural, fruto de su naturaleza divina y de su conformidad con la propia Moral, y entre las caprichosas y cambiantes leyes de los hombres tiene una importancia capital para su posterior trayectoria como escritor político. En su búsqueda continua por la satisfacción del valor supremo de la justicia, Foz advertirá a los mismos legisladores que «Vuestros errores, vuestra ignorancia, vuestras costumbres, harán opiniones particulares que serán diferentes de las de otros climas, de las costumbres de otros pueblos; pero no harán que lo justo o injusto por la Naturaleza, no lo sea también entre vosotros y donde quiera»⁶⁵.

El resultado de dicha confrontación no puede ser más desalentador para Foz, pues «casi no se ve cosa justa o injusta que no mude de naturaleza en mudando de clima: que tres grados de latitud trastornan toda la jurisprudencia: que las leyes fundamentales cambian, y el derecho tiene sus épocas... Pero todo esto se ha de entender de las leyes antojadizas de los hombres, no de las fijas de la Naturaleza, las cuales invariablemente hacen lo justo, justo; y lo injusto, injusto»⁶⁶.

La confesada animadversión que posteriormente Foz demostrará en sus obras históricas y políticas contra el conjunto de las leyes positivas europeas y españolas que se van sucediendo a lo largo de la primera mitad del ochocientos, incluidas las constituciones gaditana de 1812, progresista de 1837 y moderada de 1845, bebe sin lugar a dudas de esta rígida concepción iusnaturalista. Para el autor de Fórnoles el Derecho natural únicamente concederá verdadero valor a las viejas leyes políticas aragonesas, precisamente por no contradecir sus inmutables postulados.

Su aborrecimiento al sistema de partidos, a la soberanía popular o a la misma figura de los ministros, así como su oposición al propio régimen parlamentario democrático son igualmente deudores de una visión iusnaturalista típicamente ilustrada y dieciochesca, marcada de forma incuestionable por una profunda religiosidad: «Así que hablo de las cosas como a mí me parece que son, y las alabo o vitupero, las apruebo o condeno según lo que me resulta de la comparación del Derecho Natural, obra de un Dios sabio infinitamente, con los infelices sistemas inventados por los hombres»⁶⁷.

IV. EXPOSICIÓN DE LOS PRINCIPALES DERECHOS NATURALES

Braulio Foz supedita su tratado al desarrollo de un Derecho natural concebido como una filosofía moral de los derechos y de los deberes

⁶⁵ *Ibidem*, tomo I, prólogo, p. LX.

⁶⁶ *Ibidem*, tomo I, prólogo, pp. LIX y LX.

⁶⁷ *Ibidem*, tomo I, prólogo, pp. LXII.

del individuo para con Dios, para consigo mismo, para con los demás y para con la sociedad organizada. La obra establece según Juan José Gil Cremades «una especie de antropología filosófica, referida a un hombre que deambula por una sociedad tan escasamente pormenorizada, que parece un forillo teatral, intercambiable para diversas escenas»⁶⁸.

No obstante, aun aceptando que en muchos pasajes parece evidente esa falta de contextualización, Foz reconoce toda una serie de necesidades humanas que el hombre debe aplacar, discutiendo en sociedad los medios más adecuados para su completa satisfacción, lo que supone la introducción de una instancia de racionalidad. Desde esta perspectiva voluntarista, el bajoaragonés ofrece la catalogación y estudio de los derechos naturales basados precisamente en esas necesidades o deseos que se encuentran en el interior del ser humano, y que se proyectan al exterior cuando los individuos se relacionan entre sí compartiendo una misma vida social.

Foz enfatiza por encima del resto la importancia de cuatro tipos de derechos, cuya peculiar problemática irá presentando a lo largo de su tratado con desigual fortuna: el derecho natural a la vida y a la conservación de la especie, el derecho natural del hombre como propagador de su especie, el derecho natural a la propiedad privada individual, y un grupo de derechos a los que calificará como «derechos del hombre en la sociedad universal», entre los que se encontrarán algunos guiños ciertamente ilustrados como el derecho del hombre a la felicidad.

En primer lugar, Braulio Foz ofrece una serie de reflexiones sobre el derecho natural a la vida y a la conservación de la especie tanto en los dos primeros capítulos del título II, denominado «Introducción a los derechos naturales», como en los dos únicos capítulos que conforman el título III, llamado «Derecho natural del hombre individuo». Foz parte de una idea que resulta esencial en toda su construcción: «El destino pues del hombre en la vida presente es vivir y conservar su especie: (hablo en lo natural). Para lo primero tiene necesidad de mil objetos, para lo segundo tiene los dos sexos unidos por el vínculo del amor y de la mutua necesidad»⁶⁹.

Para intentar satisfacer dicho destino, los seres humanos necesitan a juicio de Foz el amparo continuo de sus semejantes, el apoyo absoluto de la sociedad en la que necesariamente se integran, pues no en vano «la vida del hombre pende de tantas causas, que no basta recibir de otro la existencia, sino que para conservarla, mejorarla y perfeccionarla, se necesitan auxilios que no tenemos en nosotros mismos: por consiguiente es indispensable la sociedad de muchos»⁷⁰.

Sin embargo para Foz tan necesaria protección mutua no resulta naturalmente garantizada, causa que mueve a los hombres a intentar lograr dicho auxilio a través de la firma de un auténtico pacto social,

⁶⁸ GIL CREMADES, J. J., «Braulio Foz, tratadista de «Derecho Natural»», *op. cit.*, p. 93.

⁶⁹ FOZ, B., *El verdadero Derecho Natural...*, *op. cit.*, tomo I, p. 127.

⁷⁰ *Ibidem*, tomo I, pp. 127 y 128.

que por lo tanto estará fundado, por encima de cualquier otra circunstancia o consideración, en la propia fragilidad del ser humano: «el hombre es débil, y la necesidad de la defensa le había de obligar a buscar auxilio entre sus semejantes»⁷¹.

Así pues, en el sistema elaborado por Foz los seres humanos suscriben un pacto social que, basado en la admisión de su propia debilidad, conlleva la aceptación de toda una serie de derechos y obligaciones que se supeditan al interés común de la sociedad, a cambio de que ésta garantice la defensa de todos sus individuos, quienes no sólo realizan un reconocimiento mutuo de derechos sino que «no bastándose ninguno a sí mismo, deben todos poner en correspondencia sus respectivas facultades a fin de que así reunidas produzcan un auxilio común suficiente para las necesidades de todos, que en cada uno preponderan a los medios»⁷².

Para el autor de Fórnoles son las propias necesidades experimentadas por los seres humanos las que les llevan a buscar su satisfacción en el auxilio ajeno, lo que se verifica ya desde el momento mismo del nacimiento. Esta búsqueda conduce irremediablemente a los hombres, dando Foz un importante paso en su sistema, a la vida en sociedad: «Todos dependemos unos de otros. Por eso en nuestras necesidades si nos faltan medios o son insuficientes, tenemos el derecho de recurso, y podemos contar con la humanidad de nuestros hermanos, que son todos los hombres»⁷³.

En la continua búsqueda de la satisfacción de sus diversas necesidades, el hombre se acaba pues convirtiendo para Foz en un animal social. La sociedad se representa ante sus ojos como el lugar más idóneo en el que se pueden ir desarrollando los derechos, a partir de las propias necesidades, y los deberes, a través de los posibles medios para complacer dichas necesidades. Este cuadro ofrece así una «sociedad reducida a una correspondencia necesaria de derechos y de deberes: de derechos porque hay necesidades; de deberes, porque hay medios. Entre todos todo lo tienen y todo lo necesitan»⁷⁴.

En resumen, en el sistema esbozado por Braulio Foz el destino del ser humano es vivir y conservar su propia especie, para lo que se ve obligado a buscar el auxilio de sus semejantes a través de la firma de un verdadero pacto social. Dicha alianza se basará pues para el bajoaragonés en el reconocimiento por parte del individuo de su propia debilidad, aceptación que conducirá de forma inevitable a los hombres a vivir en sociedad.

A partir de esta construcción Foz se siente capaz, ya en el título III «Derecho Natural del hombre individuo», de reflexionar en tono muy crítico en torno a asuntos de especial interés como los diversos tipos de homicidios, los duelos, el suicidio o la pena de muerte. Sobre esta

⁷¹ *Ibidem*, tomo I, p. 136.

⁷² *Ibidem*, tomo II, p. 96.

⁷³ *Ibidem*, tomo I, p. 149.

⁷⁴ *Ibidem*, tomo I, p. 151.

última asegurará que «siendo el derecho natural de la conservación inherente a la vida, nunca lo pierde el hombre, aunque reo de algún grave delito se halle preso o privado de su libertad de cualquier modo que sea»⁷⁵.

En segundo lugar, dentro del título V denominado «Derecho Natural del hombre como propagador de su especie», Foz realiza una curiosa síntesis, que en algunos extremos no llega ciertamente a casar, entre una concepción iusnaturalista del matrimonio basada en la indisolubilidad del mismo, en la fidelidad de ambos esposos y en «la inferioridad natural de la mujer», y entre una concepción matrimonial liberal burguesa centrada en la defensa de la libertad, muy especialmente en lo que hace referencia al libre consentimiento de los contrayentes.

Foz parte de una visión iusnaturalista, admitiendo los placeres del amor dentro del matrimonio, pero en ningún caso fuera de él, pues «todo esto pues no se hace ni puede hacerse fuera del matrimonio, cuyo contrato quiere la Naturaleza que preceda a todo y sea el primer acto de este orden de cosas»⁷⁶, llegando incluso a asegurar «que padres sin este vínculo ningún Derecho los conoce»⁷⁷.

Dicho planteamiento aparece no obstante tamizado por su personal apuesta por la libertad, subrayando que el hombre es libre para contraer matrimonio pues «la misma Naturaleza quiere que primero y sobre todo consulte cada uno su corazón»⁷⁸. Foz está defendiendo el matrimonio por amor sustentándolo en una base tan sólida como es el libre consentimiento, emparejando en este derecho a ambos sexos, ya que «la Naturaleza ha hecho iguales en este derecho al hombre y a la mujer»⁷⁹.

No obstante afirmaciones como la anterior se acaban definitivamente diluyendo tras la lectura final del tratado. Éste contiene por ende, en el título II denominado «Introducción a los derechos naturales», un desafortunado capítulo VII cuyo encabezamiento no puede resultar más significativo de las verdaderas percepciones de Foz sobre el particular: «Inferior la mujer en dotes naturales».

La idea clave sobre la que gira toda su argumentación no tiene desperdicio: «Las mujeres en general, siéndonos desiguales en muchas otras cosas, lo son particularmente en el carácter, porque como de una extremada sensibilidad y de juicio limitado y poco dispuesto, cediendo esta facultad todo su poder a los afectos, tienen las pasiones vehementísimas y muy arrestadas, mas no carácter; o es un carácter oscuro, poco determinado y con mucha dependencia del sentimiento. Y es que están dotadas de un corazón muy tierno y sensible, y no de una gran fuerza de Razón»⁸⁰.

⁷⁵ *Ibidem*, tomo II, p. 13. Planteamientos que más tarde abandonará en: Foz, B., *Derecho natural civil, público, político y de gentes...*, op. cit., tomo II, pp. 122 y 123.

⁷⁶ Foz, B., *El verdadero Derecho Natural...*, op. cit., tomo II, p. 239.

⁷⁷ *Ibidem*, tomo II, p. 242.

⁷⁸ *Ibidem*, tomo II, p. 254.

⁷⁹ *Ibidem*, tomo II, pp. 258 y 259.

⁸⁰ *Ibidem*, tomo I, pp. 252 y 253.

Para Foz existe un orden universal legitimado por las leyes de la naturaleza y sancionado por la propia divinidad que ha establecido la preeminencia del varón a lo largo de los siglos, pues «es la mujer inferior al hombre, porque nace inferior... éste fue el plan del Criador»⁸¹. En definitiva para el autor de Fórnoles la mujer no fue creada «para gobernar a los hombres, y para regir la sociedad, para dominar los mares, para establecer y mantener la unión de los mundos; sino para una vida quieta y modesta, entre ocupaciones caseras, bajo el mando amoroso de los hombres»⁸².

En tercer lugar, dentro del título IV denominado «Derechos del hombre en la sociedad universal», Braulio Foz destaca de forma tan especial como sorprendente el «derecho a la felicidad», entendida ésta como la satisfacción por parte del ser humano de aquellas necesidades que, pese a su eventual importancia, están más directamente relacionadas con la perfección de la vida que con su simple conservación, es decir las segundas necesidades⁸³.

Tal derecho no deja de poseer algunas connotaciones anacrónicas, y más bien parece sacado de un tratado ilustrado del dieciocho que de una obra firmada un siglo más tarde en plena revolución liberal: «La felicidad perfecta pues, como inasequible en la vida presente, debe pertenecer a las lecciones de la Religión... La otra felicidad de que hemos hablado corresponde a la moral propia, que es la que trata de la virtud en la observancia de las leyes, así de la sociedad como de la Naturaleza: de la prudencia en las acciones, y de la moderación de los deseos»⁸⁴.

A la hora de articular su construcción, Foz parte de la distinción entre primeras y segundas necesidades. El deleite de estas últimas será el que lleve al ser humano verdaderamente a experimentar la felicidad: «las primeras dicen a la conservación de la vida, y éstas siempre hay derecho a satisfacerlas como quiera que sea. Las segundas se refieren generalmente a la felicidad, estado no absolutamente necesario; y éstas no tienen derecho a ser consideradas cuando se hallan en concurrencia con las otras, o se carece de medios propios para ellas»⁸⁵.

Las segundas necesidades aluden, siguiendo la propia terminología fociana, «a la comodidad y al regalo» que puede ofrecer el mismo desarrollo de la vida civil. Dichas necesidades giran pues para Foz en torno a la perfección de la existencia y a la consecuente felicidad que aquélla lleva aparejada, y no pueden por tanto ser consideradas como objeto de riguroso Derecho natural: «La satisfacción de estas segun-

⁸¹ *Ibidem*, tomo I, pp. 255 y 256.

⁸² *Ibidem*, tomo I, p. 257.

⁸³ GIL CREMADES ofrece una interpretación distinta al asegurar que Braulio Foz sostiene «ser la felicidad –esto es, la atención de las “primeras necesidades”–». GIL CREMADES, J. J., «Braulio Foz, tratadista de “Derecho Natural”», *op. cit.*, p. 95.

⁸⁴ FOZ, B., *El verdadero Derecho Natural...*, *op. cit.*, tomo II, p. 49.

⁸⁵ *Ibidem*, tomo II, p. 40.

das necesidades, que propiamente es la vida civil, el decoro y la hermosura de la sociedad, es en cierto modo convencional en todo lo que busca el auxilio ajeno, pues por un convenio tácito motivado del interés y del deseo del bien y mejora del estado, nos facilitamos estos medios en una continua permuta de los objetos que nos convienen»⁸⁶.

Al señalar una forma convencional de facilitar la adquisición, cambio o pérdida de los objetos necesarios para satisfacer las segundas necesidades que nos llevan a la felicidad, Foz se está refiriendo a los contratos, cuyo contenido versará de forma habitual precisamente sobre los bienes que se encuentran en torno a dichas necesidades. Para el aragonés su trascendencia en el funcionamiento de la sociedad es grande, puesto que «toda la vida civil es un puro contrato, un cambio continuo de cosas y de oficios... el que más medios y más objetos posea de los que son necesarios a los demás, no sólo podrá ser más comerciante, sino también más útil a la sociedad»⁸⁷.

En el sistema fociano el contrato ejerce un papel tan fundamental en la vida social de los pueblos que aquellos que han sido concluidos se encuentran en una escala jerárquica superior a la de las mismas leyes positivas. En este caso, la referencia a la libertad civil aragonesa ejercitada a través de la autonomía individual parece inexcusable: «*Pactos rompen fueros*, decimos en Aragón. Con cuyo axioma, muy del Derecho Natural, se dice enérgicamente que los fueros, esto es, las leyes civiles, no son más en los contratos que una interpretación hecha por el legislador de la voluntad de los particulares, un suplir el defecto de expresión en sus convenciones y estipulaciones: pero que cuando algo se expresó y quedó convenido, ese es el derecho y no el de los Fueros»⁸⁸.

Las aportaciones de Foz sobre el particular giran pues en torno a la idea típicamente aragonesa de que la ley sólo tiene valor supletorio del arbitrio individual, lo que en la práctica supone la sacralización de la plena libertad de contratar en materia económica para los distintos individuos que componen la comunidad. Como afirma dubitativo Jesús Delgado, «alguna vez se ha pensado que esta coherencia con los principios liberales sería precisamente la que habría llevado a los juristas aragoneses del siglo XIX a proclamar el predominio de la voluntad del individuo sobre la norma sancionada por el legislador, reducido a mero garante del juego del libre intercambio de mercancías»⁸⁹.

Lo que de cualquier modo resulta indiscutible es que Foz recurre a uno de los pilares sagrados del liberalismo: el contrato. Este es entendido en una doble dimensión individual y social, pues no sólo es el instrumento más adecuado para la satisfacción de las necesidades de

⁸⁶ *Ibidem*, tomo II, p. 60.

⁸⁷ *Ibidem*, tomo II, p. 64.

⁸⁸ *Ibidem*, tomo II, p. 72.

⁸⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *El Derecho aragonés...*, op. cit., p. 60.

los seres humanos, sino que también sirve como eficaz elemento legitimador frente a las instancias encargadas de ejercer el poder político.

Esta dimensión pública de la capacidad contractual no parece exenta de una cierta originalidad, pues ciertamente no deriva de las anteriores formulaciones pactistas de Hobbes o de Rousseau. El bajoaragonés recalca que los hombres «Estamos sujetos (y no nos pesa) a la voluntad de los príncipes en todo lo que dice conservación del Estado, orden y policía; pero fuera de eso los príncipes tienen su propiedad y nosotros la nuestra: digamos sus mujeres y sus hijos, y nosotros las nuestras y los nuestros: ellos su patrimonio, nosotros nuestro pegujal»⁹⁰.

Por último, en el título II «Introducción a los derechos naturales», Foz dedica los capítulos VIII y IX a la exaltación de la defensa del derecho natural a la propiedad privada individual, al que legitima mediante una nueva categoría jurídica, una especie de «derecho de propiedad original». El aragonés parte de la existencia de dicha forma jurídica, que es inherente a cada ser humano y que recoge todas las capacidades espirituales y corporales propias de cada sujeto. El mismo Foz reconoce no obstante que «no es en rigor un derecho, sino la causa, el origen, y como el sujeto de todos los derechos, pues de la propiedad de estas facultades desciende la otra de lo que por ellas adquirimos, y a ella se agrega y forma un mismo cuerpo la de todos los bienes que entran en nuestra posesión y justo dominio»⁹¹.

Mediante el ejercicio personal de dichas capacidades los individuos acceden a los distintos bienes que pueden satisfacer sus necesidades, pues «en el principio de la propiedad todos los hombres son iguales; pero iguales en la propiedad original y en los derechos en que se extiende cuando rectamente se adquiere la posesión de las cosas»⁹². Sin embargo, el desigual reparto de las facultades naturales y el diverso grado de proyección de las mismas en la vida cotidiana provoca, necesariamente para Foz, que el ejercicio de ese derecho natural de propiedad conlleve un estado de franca desigualdad, ya que «el que más medios tenga y aplique a la adquisición de bienes, se podrá hacer señor de más objetos, y adquirir más derechos de propiedad o más extensos»⁹³.

Pese a generar inevitablemente desigualdad, el derecho de propiedad es a juicio de Foz ilimitado y no puede ser objeto de restricciones ni de ataques por parte de ninguna ley humana, precisamente por constituir un principio natural. «El poner cortapisas y restricciones al derecho de extender la propiedad... por una parte es injusto, pues se viola este derecho que es natural... y por otra parte es tiranía, pues se oprime el uso de las propias facultades»⁹⁴. No podía ser en cualquier

⁹⁰ Foz, Braulio, *El verdadero Derecho Natural...*, op. cit., tomo II, p. 71.

⁹¹ *Ibidem*, tomo I, p. 270.

⁹² *Ibidem*, tomo I, pp. 270 y 271.

⁹³ *Ibidem*, tomo I, p. 271.

⁹⁴ *Ibidem*, tomo I, p. 291.

caso de otra forma, pues ir en contra de ese estado de desigualdad equivaldría a arremeter contra otra de las piedras angulares en las que pretende sostenerse el nuevo edificio político liberal: el derecho a la propiedad individual.

El propio Foz no puede expresarse en este sentido con mayor claridad: «Confieso que entre los hombres es un mal el ser pobre: confieso que hay desigualdad en que unos sean ricos y otros pobres: confieso también que las riquezas excesivas en los particulares suelen ser dañosas a la sociedad y al que las posee: pero ni aquella desgracia, ni la desigualdad de suerte, ni el peligro de la iniquidad, los puedo reconocer por títulos justos para destruir, quitar, adquirir o mudar la propiedad ajena, aunque fuese inmensa»⁹⁵.

Braulio Foz lo que está defendiendo en este tratado es la existencia de un «derecho natural de propiedad» basado en una propiedad original ilimitada y universal, que consagrada por la propia naturaleza únicamente parece susceptible de revisión por parte de parámetros morales, puesto que «la facultad de la fuerza jamás se emplea rectamente contra el fruto del trabajo ajeno»⁹⁶. Las implicaciones políticas y sociales de su concepción iusfilosófica en favor de la propiedad individual se circunscriben, en este caso, dentro de la óptica liberal burguesa en la que el bajoaragonés ciertamente se encuadra.

V. CONCLUSIÓN

En *El verdadero Derecho natural* Braulio Foz deriva todo su sistema iusfilosófico de la necesidad fundándolo en la propiedad, pues no en vano asegura que «el principio de la propiedad es quien sostiene el mundo social»⁹⁷. Así Foz subraya que las necesidades naturales generan derechos, y la propiedad de las facultades permite al ser humano la satisfacción de aquéllos, ya que «la necesidad nos impele y da derecho a buscar lo que necesitamos, y la propiedad de nuestras facultades individuales nos dicta que recurramos a ellas, pues para eso son nuestras, y para eso se hallan con la necesidad en una misma sensibilidad y en un mismo sujeto»⁹⁸.

La búsqueda de toda esa serie de necesidades naturales o deseos que conforman, todos juntos, la esencia del Derecho natural, recae para el aragonés en el principal elemento diferenciador de los seres humanos: su voluntad. Foz presenta pues a lo largo de todo su tratado una imagen indiscutiblemente voluntarista del hombre, abriendo las puertas a una contenida religiosidad pero sin prescindir de unas ciertas exigencias de racionalidad, con las que conseguirá reequilibrar en

⁹⁵ *Ibidem*, tomo I, p. 285.

⁹⁶ *Ibidem*, tomo I, p. 314.

⁹⁷ *Ibidem*, tomo II, p. 217.

⁹⁸ *Ibidem*, tomo I, p. 312.

buena medida, tal vez de forma inconsciente, el resultado final de su propio sistema.

Este se basa en un iusnaturalismo racionalista atemperado, que le llevará en muchos casos a nadar entre las dieciochescas aguas de la ilustración y las agitadas corrientes del liberalismo decimonónico. Sus principales presupuestos buscarán garantizar la defensa de la libertad individual, de la seguridad jurídica y, de forma muy especial, del derecho natural a la propiedad privada, independientemente del imprevisible rumbo que pueda llegar a tomar la máquina política puesta en movimiento por el recién levantado Estado constitucional. Tal vez por ello algunas de sus ideas parecen reflexiones utópicas o inconexas al margen de su misma realidad histórica.

El conjunto de tales reflexiones forman a mi juicio un muy modesto pero valioso, por personal, sistema sobre el que fundamentará jurídica y políticamente las claves de su propio pensamiento. Dicha construcción será puesta por el bajoaragonés, quizá instintivamente, al servicio de la implantación del nuevo Estado liberal y nacional español, cuyas normas jurídicas, instituciones políticas, usos y tradiciones encontrarán precisamente en el Derecho natural el tamiz último de donde obtendrán para Foz su propia legitimidad.

III

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

ARANGO, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005.

0. Presentación

No cabe duda que el problema de los derechos sociales se ha convertido en uno de los temas principales de la ciencia jurídica contemporánea. Y creo que tampoco arriesgo demasiado al afirmar que la obra del profesor Rodolfo Arango *El concepto de derechos sociales fundamentales*¹ introduce en la discusión del problema, además de otras cuestiones relevantes que señalaré más adelante, un avance en mi opinión básico: un pormenorizado análisis conceptual². Por otra parte, la dedicación del profesor colombiano al tema de los derechos sociales es muy extensa y por tanto no nos encontramos ante una obra aislada en su producción investigadora³. En la línea de clarificación

¹ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005. Esta obra fue publicada anteriormente bajo el título *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, 2001 por la editorial Nomos. Las páginas señaladas en el texto del presente entre paréntesis se corresponden con la edición en español.

² Ya en la presentación a la edición en español de la obra el autor nos advierte que no encontraremos en el libro una dogmática de los diferentes derechos sociales fundamentales, ni tampoco un análisis de su desarrollo jurisprudencial, nacional e internacional, en definitiva «busca ofrecer las bases conceptuales necesarias para la realización de dichos derechos, bien sea en su desarrollo normativo o su aplicación práctica». Igualmente, afirma el profesor Arango, «el objetivo de este libro es clarificar el concepto de derechos sociales fundamentales», *El concepto de derechos sociales fundamentales*, cit. p. 1.

³ Entre otros trabajos cabe citar: «On Constitutional Social Rights», en: Leiser, Burton /Campbell, Tom D., *Human Rights in Philosophy and Practice (Applied Legal Philosophy)*, Ashgate Publishing Company, 2001, 141-152; *La protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales*, en: Alonso, M. A./Giraldo Ramírez (eds.), *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*, Ediciones Escuela Nacional Sindical, Bogotá, 2001, 135-165; «La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales», *Revista de Derecho Público* Núm. 12, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001, 185-212; «Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial», en: *Otras miradas de la justicia. El Otro Derecho* Núm. 28, ISLA, Bogotá, 2002, 103-122; «Basic Social Rights, Constitutional Justice and Democracy», *Ratio Juris* Vol. 16 Issue 2, June 2003, 141-154; *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, *Estudios Ocasionales*, Centro de

conceptual señalada con anterioridad son básicamente dos los conceptos que se defienden en el trabajo y en torno a los que gira la estructura del mismo: 1) el concepto de derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos con alto grado de importancia y carácter positivo general (p. 1), y 2) un concepto bien desarrollado de derechos subjetivos como posiciones normativas para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes y cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente a su titular (p. 2).

El rigor del análisis efectuado en relación con el concepto de derechos sociales fundamentales queda de manifiesto en la distinción de los diferentes tipos de preguntas que sobre el tema cabe hacerse: preguntas analíticas, empíricas y normativas, o lo que es lo mismo, preguntas sobre las propiedades identificadoras de los derechos sociales fundamentales, sobre el reconocimiento de tales derechos en las constituciones modernas, su existencia jurídica y sobre la fundamentación de los derechos sociales fundamentales. A dicho planteamiento corresponde fielmente la estructura del libro, abordando en los capítulos I y II las cuestiones relativas al concepto y estructura de los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos (cuestiones analíticas); en el capítulo III se aborda la cuestión de la justiciabilidad (cuestiones empíricas); en el capítulo IV, por fin, se plantea la cuestión de la fundamentación filosófica de los derechos sociales fundamentales (cuestiones normativas).

1. Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos

La tesis que el profesor Arango defiende sobre esta cuestión parece clara: los derechos sociales fundamentales son concebibles sin mayores dificultades como derechos subjetivos (p. 5).

1.1 *El concepto de derecho subjetivo*

El concepto de derecho subjetivo del que se parte en el trabajo es aquel que se define como un poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo. En dicha definición se contienen tres características propias del derecho subjetivo: (1) una norma jurídica, (2) una obligación jurídica y (3) un poder jurídico (posición jurídica).

(1). El concepto de norma jurídica que maneja a estos efectos el profesor Arango es un concepto amplio, que va más allá de la norma jurídica de carácter exclusivamente legal, puesto que también deben tomarse en consideración las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen carácter obligatorio como derecho directamente vinculante y entran en consideración como fuente de derechos subjetivos.

(2). Frente a la común defensa de la tesis de la correlatividad, según la cual no existe derecho subjetivo sin una obligación jurídica correlativa el profesor Arango formula una objeción: dicha correlatividad sólo es predicable para un orden jurídico estrictamente privado, puesto que en un orden jurídico que incluye normas de derecho público es posible encontrar obligaciones jurídicas que imponen deberes a los poderes o autoridades públicas, sin que

por ello se pueda afirmar que exista un derecho subjetivo de los beneficiarios a exigir el cumplimiento de los mencionados deberes (p. 12).

(3). Para la oportuna defensa de un concepto lo suficientemente amplio de derecho subjetivo, Arango prefiere el uso de la expresión «posición jurídica» a la de «poder jurídico» como tercer elemento integrante de la definición de derecho subjetivo. Con esta distinción considera salvada la suposición de que la exigibilidad judicial es una característica constitutiva del concepto de derecho subjetivo, concepción que considera errónea al no distinguir entre enunciados sobre derechos y enunciados sobre la protección de derechos (p. 17)⁴.

Unido a lo expuesto con anterioridad, también el profesor colombiano concibe una idea de derecho subjetivo superadora de las teorías del interés y de la voluntad, otorgando al derecho subjetivo un nivel de abstracción más elevado (p. 19)⁵. Para ello acude al concepto de «razones válidas» que posibilitan una determinada «posición jurídica», de modo que los derechos subjetivos no serían tan sólo aquellas posiciones jurídicas que aparecen de manera expresa o como reflejo de un deber jurídico en un enunciado normativo, sino que serían todas las posiciones jurídicas que pueden ser adscritas a un enunciado normativo o a una «red de enunciados normativos» por medio de «razones válidas» (p. 20)⁶. La cuestión de establecer qué razones se consideran válidas remite al problema de la justificación filosófica de los derechos y a la relación entre el derecho y la moral. Desde una perspectiva positivista, la justificación de la posición jurídica sólo puede venir determinada por el establecimiento de normas jurídicas explícitas como únicas razones para establecer derechos, sin embargo, desde una perspectiva no positivista también caben normas ganadas interpretativamente (p. 22).

⁴ Esta cuestión plantea el problema de la distinción entre los derechos y sus garantías, para una aproximación más completa al mismo puede verse, FERRAJOLI, L., «Garantías», trad. de Cabo, A., de, y Pisarello, G., en *Jueces para la democracia*, 38, 2000. SASTRE, S., «Derecho y garantías» en *Jueces para la democracia*, 38, 2000, pp. 47-55. FERRAJOLI, L., «Derechos fundamentales» en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001; PALOMBELLA, G., «Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría», trad. de García Figueroa, A., en *Doxa* 22 (1999), pp. 525-579; ZOLO, D., «La strategia della cittadinanza», en *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Bari, 1994; GUASTINI, R., «Tres problemas para Luigi Ferrajoli» en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit. pp. 57-62; id. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de Ferrer, J., Gedisa, Barcelona, 1999. Sobre los inconvenientes que presenta la tesis de la correlatividad vide BETEGÓN, J., «Conceptos jurídicos fundamentales», en *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 169 y ss. Sobre el concepto «derecho subjetivo» puede verse PÁRAMO, J. R., «Derecho subjetivo», Garzón Valdés, E., y Laporta, F., (eds.), *El Derecho y la Justicia*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 367-394.

⁵ En este aspecto sigue la línea trazada por H. L. A. HART en «Bentham On Legal Right» en *Oxford Essays in Jurisprudence*, A. W. B. Simpson (ed.), Oxford, 1973, pp. 171-201 y seguida por LINDHAL, L., *Position and Change*, Dordrecht, 1977 y ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Garzón Valdés, E., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

⁶ Del mismo modo, desde una perspectiva negativa la posición jurídica viene determinada por su no reconocimiento injustificado que origina un daño al sujeto del derecho.

Para un completo análisis del concepto de derecho subjetivo el profesor Arango dedica las páginas siguientes de su obra (pp. 23-30) al estudio de las formas y estructuras propias de los derechos subjetivos.

1.2 *Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos*

El estudio parte de la conocida definición que de los derechos fundamentales formuló Robert Alexy como «posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria»⁷. Las características pues de los derechos fundamentales vendrían dadas por su condición de derechos subjetivos y por su alto grado de importancia (p. 31). Es inevitable que al introducir los juicios de valor que expresan el grado de importancia de un determinado derecho se abra la puerta al problema de la justificación de las proposiciones normativas referidas a derechos fundamentales. La propuesta que se nos ofrece, si no he entendido mal, se asienta sobre la base de la necesidad de la existencia de una norma jurídica fundamental, es decir, el grado de importancia de un derecho (el caso de los derechos humanos) no es una condición suficiente para la existencia de un derecho fundamental. Ahora bien, esta relación necesaria entre derecho fundamental y norma jurídica fundamental no cierra el número de derechos fundamentales, puesto que los derechos ganados interpretativamente también entran en consideración. Es aquí donde juega un papel decisivo el no reconocimiento de una posición jurídica iusfundamental, pues a mayor perjuicio mayor grado de importancia del derecho en cuestión (p. 34).

Lo definitorio del concepto «derecho social fundamental» es su carácter general positivo, elemento que se une a los otros cuatro ya expresados: (1) la norma jurídica, (2) la obligación jurídica, (3) la posición jurídica y (4) el grado de importancia. Los derechos positivos generales se basan en normas de derechos fundamentales establecidas explícitamente o en normas obtenidas por vía interpretativa (p. 40), estos últimos sólo pueden ser derivados de las normas constitucionales cuando la existencia de esos derechos se justifica correctamente mediante la interpretación del texto constitucional con ayuda de la argumentación jurídica (p. 41)⁸.

2. **La estructura de los derechos sociales fundamentales**

El capítulo II de la obra que nos ocupa tiene un triple propósito: (1) demostrar si la *titularidad* de los derechos sociales fundamentales es únicamente individual o también colectiva; (2) si el *obligado* es sólo el Estado o también los particulares, y (3) si el *objeto* de los derechos sociales fundamentales lo constituyen sólo las acciones fácticas, o si también incluye acciones jurídicas, positivas o negativas (p. 59).

(1) Los titulares de los derechos sociales fundamentales.

Con independencia de la posibilidad de afirmar la existencia de derechos colectivos, con ciertas limitaciones, la tesis sostenida por Arango es que los

⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. p. 406.

⁸ En las páginas siguientes el profesor Arango realiza un excelente análisis a propósito de la obligaciones iusfundamentales y los derechos sociales fundamentales, y, más en concreto, sobre los derechos generales positivos en torno a la teoría jurídica de Ernst Wolfgang Böckenförde y de la jurisprudencia alemana sobre el *numerus clausus*, el derecho de amparo de pobreza y el derecho a un mínimo vital (pp. 41-53).

derechos sociales fundamentales son derechos individuales; de todos los individuos al margen de la condición de ciudadanía, pues estarían ligados al concepto de derechos humanos. Por otra parte, se trata de diferenciar entre los conceptos derechos individuales y metas políticas. Lo relevante, más allá del enunciado, es el reconocimiento de una determinada posición del sujeto del derecho mediante la argumentación de razones válidas y suficientes que posibiliten el paso de una norma objetiva a un derecho subjetivo⁹.

El hecho de que los derechos sociales fundamentales puedan ser ejercidos individualmente en todo caso indica que pertenecen a la subclase de los derechos individuales (p. 87), y además, los derechos sociales fundamentales no pueden ser derechos colectivos por razones normativas, pues si del reconocimiento de tales derechos a un determinado colectivo se dedujera la pertenencia de alguien a un grupo abierto de individuos se estaría menoscabando la autonomía del individuo (p. 90).

(2) Los obligados de los derechos sociales fundamentales

Por razones tanto pragmáticas como normativas, los particulares están descartados como obligados directos de los derechos sociales fundamentales¹⁰, así pues es el Estado el exclusivamente obligado de tales derechos (p. 90). Y aún puede concretarse más la identidad de los obligados que se integran genéricamente en el término Estado: el legislador, el ejecutivo y la administración de justicia, como ramas del poder público que está vinculado directamente por los derechos fundamentales (p. 95).

(3) El objeto de los derechos sociales fundamentales

Según la tesis defendida por el profesor Arango, el objeto de los derechos sociales fundamentales sólo puede comprender acciones fácticas positivas del Estado, esto es, acciones materiales que posibilitan el cumplimiento de tales derechos, en contraposición a las acciones jurídicas positivas que suponen un acto de creación normativa, sin que tal diferenciación presuponga descartar las acciones normativas como medio para la realización de los derechos sociales fundamentales (p. 110). Tampoco las omisiones del Estado forman parte del objeto de los derechos sociales fundamentales, no hay un derecho social fundamental que tenga como objeto la omisión del Estado (p. 113).

En definitiva, y siguiendo las tesis defendidas por el profesor colombiano, podemos afirmar que estructuralmente los derechos sociales fundamentales son derechos del individuo (no metas políticas, ni derechos colectivos) frente al Estado como único obligado en demanda de acciones fácticas positivas.

3. La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales

En el capítulo III el profesor Arango se ocupa de las cuestiones empíricas relativas al problema de los derechos sociales fundamentales. Estas cuestiones empíricas relacionadas con la justiciabilidad de tales derechos presentan

⁹ Por ello, afirma el profesor Arango, «la titularidad del derecho es el resultado del reconocimiento de una posición jurídica, no condición para dicho reconocimiento» (p. 66).

¹⁰ Es muy interesante el análisis que se desarrolla en las pp. 99-106 a propósito de las doctrinas del efecto horizontal, indirecto y directo, de los derechos fundamentales.

al menos tres problemas: (1) cognoscitivo, que remite, por un lado, a la clarificación de la relación entre derechos y normas, y por otro, a la relación entre derechos y mercado, lo que permite responder a la pregunta ¿pueden ganarse derechos sociales fundamentales por vía de interpretación constitucional?; (2) metodológico, referido a la posibilidad de determinar el contenido de los derechos sociales fundamentales judicialmente y (3) funcional, que plantea la cuestión del reparto adecuado de competencias entre el legislativo y la justicia constitucional.

(1) El problema cognoscitivo remite a la cuestión del supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales, esto es, a las condiciones (formales y materiales) que deben cumplirse para que se les impute una determinada consecuencia jurídica (obligación estatal fáctica-positiva) (p. 119). En coherencia con el concepto de «posición jurídica» defendido por el profesor Arango¹¹, ésta puede justificarse mediante la unión de varias disposiciones normativas, como así ocurre con la mayoría de los derechos sociales fundamentales, a diferencia de los derechos de libertad cuya relación con las normas es unívoca, *uno a uno*¹².

La práctica de la interpretación jurídica, y más concretamente de la constitucional, expresa una relación entre derechos y normas diferente, fundamentando derechos fundamentales innominados mediante una comprensión sistemática del orden constitucional (p. 124). A tal fin es decisiva la argumentación contrafáctica: si el no reconocimiento de una posición jurídica lleva a una consecuencia irreconciliable con el orden constitucional, dicha posición jurídica debe ser reconocida. A esta interpretación integral correspondería la relación *uno a uno + n*, y en ella el juez adopta un papel activo determinante en el reconocimiento de un derecho fundamental interpretativamente construido, lo que acarrea una obligación o exigencia de respeto a las reglas institucionales propias de su función jurisdiccional, y en especial a las reglas y formas de la argumentación jurídica (p. 126).

Para el análisis de la relación entre los derechos y el mercado nuestro autor procede a la distinción entre una relación ideal y una real. Los presupuestos de la primera serían: a) una concepción ideal que separa la titularidad y el ejercicio del derecho, realzando la primera frente a la segunda que pasa a un segundo plano (tesis de la separación); b) una concepción ideal acerca del funcionamiento natural y libre del mercado (tesis naturalista) y c) una concepción asimétrica entre los derechos de libertad y los derechos sociales fundamentales que repercute en su justiciabilidad. Los presupuestos de la segunda serían: a) una concepción realista de los derechos que concibe titularidad y ejercicio conjuntamente (tesis de la unión); b) una concepción realista que

¹¹ Recordemos que para el profesor Arango los derechos subjetivos no son sólo aquellas posiciones jurídicas que aparecen de manera expresa o como reflejo de un deber jurídico en un enunciado normativo, sino todas aquellas posiciones jurídicas que se le pueden adscribir a un enunciado normativo o a una «red de enunciados normativos» por medio de razones válidas (p. 20).

¹² Para una mejor comprensión de la expresión ver la nota 19 del capítulo III. La relación *uno a uno* presupone una comprensión «discreta» del texto constitucional, según la cual únicamente las disposiciones, separadas, «atómicas» sirven como fundamento para derechos fundamentales (p. 121). Esta es la postura que defienden las teorías positivistas estrictas que presuponen una relación conceptual, necesaria, entre el derecho fundamental y la disposición normativa *individual*. Siguiendo este planteamiento se profundiza en la cuestión (pp. 130-137) atendiendo a la distinción efectuada por Wright entre normas categóricas e hipotéticas.

niega cualquier orden natural o espontáneo del mercado (tesis de los hechos institucionales) y c) la no asimetría entre derechos de libertad y los derechos sociales fundamentales, al menos en lo que respecta a las consecuencias relativas a la exigibilidad judicial.

Así pues, presuponiendo las condiciones materiales (situaciones de necesidad caracterizadas por su urgencia), tanto como las formales (construidas interpretativamente a partir de la unión de diferentes proposiciones normativas) de los derechos sociales fundamentales¹³, pueden establecerse los elementos del supuesto de hecho de un derecho fundamental *prima facie* de modo tal que «cuando una persona (individual o colectiva) se encuentra en una situación de necesidad y el Estado tiene la posibilidad fáctica de resolverla o mitigarla, pero omite hacerlo, y tal omisión amenaza con ocasionar un daño a la persona, entonces ella tiene un derecho *prima facie* a una acción positiva fáctica del Estado» (p. 167).

Que la formulación dé cuenta de un derecho social fundamental *prima facie* es expresión de que pueden existir razones en contra que prevalezcan sobre las razones para el reconocimiento definitivo del derecho social fundamental, lo que supone a su vez, que tal supuesto de hecho tenga una estructura argumentativa, puesto que las condiciones materiales de desigualdad fáctica son condiciones necesarias, pero no suficientes de los derechos sociales fundamentales¹⁴.

(2) La tesis defendida por el profesor Arango respecto del problema metodológico referido a la determinación del contenido de los derechos sociales fundamentales es que éste puede extraerse de una interpretación sistemática de una constitución democrática moderna, previa aceptación de un concepto bien desarrollado de derecho subjetivo. La propuesta se desarrolla acudiendo a los métodos para la verificación de vulneraciones a los derechos fundamentales por omisiones estatales, mediante un concepto adecuado de causalidad¹⁵ y de la correcta interpretación del principio de igualdad desarrollado por Alexy.

La superación del esquema afectación/limitación de los derechos fundamentales que opera tanto en los casos de acción como de omisión parcial estatal, pero que sin embargo no es adecuado para los casos de omisión absoluta, se produce mediante la propuesta del «esquema de coherencia», que alude a la interpretación sistemática de la constitución, en el sentido que si el principio de coherencia no es atendido en la aplicación del derecho, se verá transgredido el principio de igualdad¹⁶. En suma, según el «esquema de coherencia», cuando están dadas circunstancias individuales concretas una omisión absoluta del Estado puede dañar a la persona, si tal hecho queda demostrado, y el

¹³ El desarrollo de las condiciones materiales y formales se efectúa en las pp. 153-174.

¹⁴ Una razón es que las desigualdades no presentan un carácter normativo, del ser (desigualdad fáctica) no puede derivarse un deber (derecho social fundamental). Y por otra parte, la situación personal de necesidad por sí sola no constituye razón suficiente para los derechos sociales fundamentales, por lo que exige argumentos normativos que permitan la individualización de la posición jurídica del individuo (p. 168).

¹⁵ En este aspecto el autor sigue las reflexiones de C. S. Nino en *The Ethics of Human Rights*, Oxford, 1991.

¹⁶ La omisión estatal absoluta es analizada por el profesor Arango a través de dos casos: la *affirmative action* norteamericana y una decisión del Tribunal Constitucional alemán de 1996/ *BverfGE* 94, 241 (pp. 191-197). A propósito de cuestiones similares en relación con el principio de igualdad puede verse el esclarecedor trabajo del profesor L. Prieto, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.

Estado no puede justificar tal inactividad, debe ser reconocido el derecho fundamental definitivo a una acción positiva fáctica del Estado (p. 197).

(3) Respecto al problema funcional apuntado, es decir, al reparto de competencias entre los jueces constitucionales y el legislativo, el profesor Arango señala la imposibilidad de trazar límites en abstracto. Las razones son conocidas: el carácter constructivo y coherente de la interpretación de los derechos fundamentales, la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales como derechos de aplicación inmediata, y la función de los Tribunales Constitucionales como guardianes supremos de los derechos fundamentales.

Parece evidente que siguiendo el «esquema de coherencia» planteado, el reconocimiento y la exigibilidad judicial de los derechos sociales fundamentales supone sustraer al proceso político de deliberación capacidad de decisión y disposición legislativa, lo que evidencia la existente tensión entre los derechos fundamentales y la democracia (p. 208).

La propuesta del profesor colombiano, sin pretensiones de zanjar la tensión antes expuesta, es la «tesis del control con intensidad diferenciada», según la cual, la severidad del control judicial constitucional depende de la importancia *prima facie* de las posiciones iusfundamentales en juego, que no presupone un orden ontológico de valores, y sí una argumentación de justificación de determinada posición normativa que a su vez puede ser vencida con argumentos diferentes. Así pues, una determinación definitiva del contenido de los derechos sociales fundamentales no puede darse por adelantado¹⁷.

4. La fundamentación filosófica de los derechos sociales fundamentales

Estudiadas las cuestiones analíticas (capítulo I y II), y las cuestiones empíricas (capítulo III), quedan por abordar las cuestiones normativas (capítulo IV) referidas a la fundamentación filosófica de los derechos sociales fundamentales. En el libro se realiza un pormenorizado análisis de algunos intentos de fundamentación filosófica de estos derechos tomando la referencia de filósofos políticos y del derecho tanto dentro de la tradición kantiana (Rawls, Habermas, Alexy, Tugendhat) como fuera de ella (Wiggins). Por razones propias de este trabajo, no comentaré nada a propósito de las excelentes reflexiones que se contienen en estas páginas (239-297), en especial en los apartados en los que el profesor Arango formula sus críticas a cada una de las diferentes fundamentaciones, dando paso con ello a su propuesta de un concepto bien desarrollado de derecho subjetivo, al que ya me he referido anteriormente, y del que me ocuparé a continuación.

4.1 *Un concepto bien desarrollado de derecho subjetivo*

La propuesta de definición de un concepto bien desarrollado de derecho subjetivo que se nos ofrece es la siguiente:

«Un derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto» (p. 298).

La primera parte de esta definición hace referencia al concepto de derecho subjetivo en sentido estricto que ya fue reseñado en el apartado 1, y

¹⁷ En las páginas siguientes (212-235) se efectúa un detallado análisis de la cuestión en relación con algunos casos individuales: el mínimo vital, la salud, la educación, la vivienda, el trabajo y la seguridad social.

cuyos elementos principales son: a) la posición normativa, b) las razones válidas para la posición normativa (derecho *prima facie*) y c) razones válidas y suficientes para la posición normativa (derecho abstracto definitivo).

No deben confundirse sentimientos, intereses o necesidades con las razones, pues pese a ser la materia prima de las razones para posiciones normativas por sí solos no bastan para justificar un derecho subjetivo y esta insuficiente diferenciación entre el nivel antropológico y axiológico, por un lado, y el nivel lingüístico por otro ocasiona numerosos errores en la fundamentación de los derechos (p. 302). Igualmente es necesario distinguir entre: 1) la validez moral y la validez jurídica de las razones, pues los derechos morales y los jurídicos no son coextensivos y es posible que determinadas razones sean razones válidas para derechos morales, pero no para derechos jurídicos¹⁸ (p. 305); 2) la validez legal y la validez constitucional de las razones, que si bien tiene pleno sentido al hacer referencia a ámbitos diferenciados (derecho privado/derecho constitucional) con sus respectivas características propias en la fundamentación y aplicación de los derechos subjetivos dimanante de la distinción entre reglas (generalmente normas de derecho privado) y principios (generalmente normas iusfundamentales), también tiene un importante límite en el principio de irradiación de los derechos fundamentales.

La segunda parte de la definición propuesta de derecho subjetivo permite reconocer la violación del derecho mediante un criterio dual: 1) el daño individual inminente y 2) el no reconocimiento injustificado de una posición normativa definitiva concreta basada en razones válidas y suficientes.

El primero se muestra adecuado para resolver el problema de la indeterminación del contenido del derecho positivo mediante el concepto de urgencia. El segundo, debidamente desarrollado, resuelve el problema referido a la indeterminación de los obligados igualmente por la aplicación de la tesis de la urgencia que activa el principio de subsidiaridad. La omisión persistente del subsidiariamente obligado (el Estado) es condición suficiente para declarar la violación de un derecho subjetivo de la persona amenazada por la inminencia del daño (p. 317).

Los argumentos que se han expresado anteriormente adquieren relevancia constitucional mediante el reconocimiento del principio de igualdad de trato en, o a partir de, una constitución, lo que conduce a una fundamentación de los derechos sociales fundamentales en base a un criterio objetivo: la importancia del derecho determinada por la urgencia de la situación¹⁹, que justifica de forma objetiva la obligación del Estado a actuar positivamente (p. 320). Esto último significa que los derechos sociales fundamentales son derechos generales a acciones *fácticas* frente al Estado, y por tanto, la actividad nor-

¹⁸ Para el profesor Arango los derechos humanos serían una excepción, pues al poseer un carácter moral y al estar consagrados en declaraciones y convenios internacionales, tales derechos exigen *de lege ferenda* su reconocimiento como derechos constitucionales fundamentales.

¹⁹ Es interesante la superación (pp. 321-325) que plantea el profesor Arango acerca de la objeción que se plantea a propósito de la aceptación del grado de importancia como parte del concepto de derechos fundamentales, en el sentido que la estimación de importancia implicaría «juicios de valor» que tendrían carácter axiológico, lo que en palabras de nuestro autor sería irreconciliable con el carácter deontológico de los derechos. La tesis es la siguiente: las proposiciones jurídicas sobre derechos, al menos, tienen que pretender objetividad para que su carácter deontológico sea resguardado. Objetividad que es aquí referida a una situación de urgencia concreta que es precisamente el criterio para establecer la importancia del derecho.

mativa general no es precisa para garantizar los derechos sociales fundamentales amenazados o vulnerados²⁰, es decir, en casos de urgencia existe la obligación del legislador de legislar y de las autoridades de actuar, sin necesidad de una ley previa (p. 336).

4.2 *Derechos sociales fundamentales y tipos de justicia*

La tesis que se defiende por el profesor Arango respecto a esta cuestión es la adscripción de los derechos sociales fundamentales al modelo de justicia compensatoria, y no a la justicia distributiva. La razón principal es que tales derechos forman parte de una etapa previa al reparto de cargas y beneficios, puesto que de no ser así no sería posible garantizar iguales derechos a todos (p. 343). Los argumentos de la adscripción de los derechos sociales fundamentales al modelo de justicia distributiva tienen su base en que el cumplimiento de tales derechos implican la distribución de bienes o prestaciones y la imposición de cargas, es decir, redistribución económica y social, cuya principal consecuencia es que dicho reparto, en un sistema democrático, compete a la función legislativa. Ésta es la gran diferencia de adscribir los derechos sociales fundamentales al modelo de justicia compensatoria, que el criterio correctivo no está a disposición de la voluntad política, pues de la situación de urgencia dada y mediante razones válidas y suficientes se justifica el criterio de diferenciación, queda fundamentado el derecho a la acción positiva *fáctica* del Estado. En palabras del profesor colombiano, los derechos fundamentales deben ser garantizados previamente a la distribución democrática de bienes y cargas por parte del legislador ordinario (p. 344).

5. Conclusiones

Tal y como expresaba al inicio de este trabajo creo que es indudable la aportación de la obra del profesor Arango a la teoría de los derechos sociales fundamentales, muy especialmente en los aspectos conceptuales. El análisis separado de cuestiones que con frecuencia se presentan entremezcladas, el equilibrio razonado de las tesis que propone frente a los también habituales posicionamientos básicamente ideológicos, el sólido soporte jurídico y no meramente metafísico de sus planteamientos, entre otras muchas virtudes, entre las que sin duda también se encuentra la de una prosa clara y directa, convierten a esta obra en un verdadero referente para el estudio de los derechos sociales fundamentales.

Seguramente para muchos el concepto de derechos sociales fundamentales que se nos propone va *demasiado lejos* , y también seguramente, para otros, la propuesta es *demasiado estrecha* . Estoy convencido de que en cualquier caso a pocos dejará indiferentes. Así pues, el debate debe continuar.

Miguel Ángel PACHECO RODRÍGUEZ
Universidad de Castilla-La Mancha

²⁰ Tal actividad normativa general sí sería necesaria para la realización de otros derechos de prestación en sentido amplio. Para aclarar la división entre derechos sociales fundamentales y derechos prestacionales en sentido amplio es muy útil el esquema que aparece en la página 330.

BÄCKER, Carsten y BAUFELD, Stefan (eds.), *Objektivität und Flexibilität im Recht. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2004 in Kiel und im April 2005 in Hagen, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Cuaderno núm. 103, 2005, 212 pp.*

Este volumen recoge buena parte de los trabajos presentados a las undécimas y duodécimas jornadas del *Forum* joven de Filosofía del Derecho de la IVR celebradas en Kiel y Hagen respectivamente. El tema del primer encuentro, que tuvo lugar los días 22 y 23 de septiembre de 2004, fue la objetividad en el Derecho y el del segundo, los días 21 y 22 de abril de 2005, la flexibilidad en el Derecho. Los autores son catorce jóvenes investigadores que han desarrollado su labor total o fundamentalmente en Alemania y total o parcialmente en la filosofía del Derecho. Fiel a su título, el libro está dividido en dos partes que se corresponden con los temas tratados en cada una de las reuniones.

En las notas introductorias que nos ofrecen los compiladores (pp. 11 ss. y 89 ss.) para cada una de estas partes hallamos una síntesis *seriatim* de los contenidos del libro. Esto me exime de examinar con exhaustividad uniforme cada una de las contribuciones. A cambio les prestaré una atención proporcional a la que creo merecerían por parte de un filósofo del Derecho español estándar (en la medida en que tal cosa sea siquiera imaginable).

La primera parte, como nos indica el compilador Carsten Bäcker, gira en torno a tres conceptos clave: *objetividad, Derecho y verdad* a los que Bäcker suma otros conexos como *corrección, racionalidad, legitimación, interpretación, conocimiento, decisión y argumentación*. Probablemente los dos trabajos más atractivos de la primera parte sean los de Jochen Bung y Peng-Hsiang Wang.

El interesante trabajo de Jochen Bung se titula «*Objektivität im Recht als Wahrheitsbezug*». Bung trabaja en Francfort del Meno bajo la supervisión de Klaus Günther. En su artículo Bung se ocupa del problema de la objetividad en el Derecho en dos ámbitos de relevancia jurídica que pone en conexión: el de los hechos y el de las normas. En el primer ámbito el problema es la verdad de enunciados como «A ha matado a B». En el segundo se trata de la objetividad de enunciados como «Se debe castigar el homicidio». Por tanto, la objetividad presenta en cada ámbito una fractura o quiebra (*Kluft*). Tenemos, pues, según Bung, una quiebra epistémica y otra deóntica. La epistémica surge de la posibilidad de error, de modo que aquí lo objetivo se opone a lo subjetivo. La quiebra deóntica surge de la dificultad de fundamentación, de modo que aquí lo objetivo se opone a lo normativo.

Bung rechaza dos aspectos bien influyentes de la teoría de Habermas: por un lado la conocida analogía entre verdad y corrección que establece Habermas cuando afirma que la corrección de una norma es análoga a la verdad de una aseveración, en cuanto que la pretensión de corrección y la pretensión de verdad son condiciones de validez de cada uno de esos actos de habla. Recordemos lo que esto quiere decir. Cuando profiero el enunciado «el gato está sobre el cojín», este acto de habla constatativo será válido si observo una pretensión de verdad (y por tanto inválido si añado a mi afirmación: «pero no lo creo»). Análogamente, cuando digo «A debe ayudar a B», este acto de

habla normativo será válido si observo una pretensión de corrección (y por tanto será inválido si añadiera, por ejemplo, «pero es algo absolutamente injusto»). Por otra parte Bung rechaza la estrategia de Habermas de distinguir tres mundos: un mundo objetivo, natural, un mundo social y un mundo de interacciones normativas entre los agentes de ese mundo social. En términos contundentes, Bung afirma que esta concepción de los tres mundos que defiende Habermas «puede que suene bien, pero no aclara nada» (p. 18) para añadir que «la discusión sobre la analogía de la verdad es innecesaria, circunstancial, y al igual que el concepto de los tres mundos, redundante» (ibid.).

Bung se apoya entonces en Donald Davidson para sostener que existe un solo mundo y no tres. A él pertenecen «piedras, árboles, rinocerontes y normas» (p. 25). Ello permite a Bung proponer una respuesta tanto a la quiebra epistémica como a la deóntica mediante una argumentación en dos pasos. La solución al problema de la quiebra epistémica pasa por la asunción de que las convicciones son intrínsecamente verdaderas dado que no pueden escapar de nuestros esquemas conceptuales de interpretación a los que queda vinculada la verdad. En segundo lugar, por lo que se refiere a la quiebra deóntica, dado que las normas se hallan en el mismo mundo, son un subcaso al que se extiende la solución de la quiebra epistémica (lo cual comporta, por cierto, el rechazo explícito de una distinción tan fundamental como la que separa normas y proposiciones normativas (*Normsätze*) (p. 23).

Peng-Hsiang Wang, de Taiwan, nos propone una interesante incursión en el problema clásico de la objetividad del concepto de Derecho en su trabajo «*Recht, Semantik und Objektivität*». Frente al «aguijón semántico» que, en la célebre expresión de Dworkin, aqueja a las teorías positivistas y no positivistas, Wang aboga con el profesor norteamericano por una concepción interpretativa y argumentativa del Derecho. El positivismo jurídico había basado la objetividad de su concepto de Derecho en el convencionalismo, es decir, en la idea de que el Derecho es un conjunto de normas identificadas por un criterio socialmente aceptado como la regla de reconocimiento hartiana, lo cual implica la imposibilidad de errores colectivos en torno a lo que el Derecho es. Dworkin puso de relieve, por el contrario, que son posibles los desacuerdos sobre lo que sea el Derecho, precisamente porque el Derecho es una práctica interpretativa intrínsecamente controvertida en cuanto a su contenido. Pero si admitimos que esto sea así, que el contenido del Derecho depende de teorías (y, como todos sabemos, toda teoría es verdadera en relación consigo misma), ¿cómo es posible hablar de objetividad acerca de lo que es el Derecho? Para responder a esta cuestión Wang recurre a una analogía basada en la nueva teoría de la referencia de Kripke y Putnam. Del mismo modo que el común de las personas pueden reconocer lo que es el oro, también es cierto que existe la posibilidad de cometer errores en cuanto a lo que sea el oro pues ello depende del desarrollo científico de las teorías. Seguramente el conjunto de propiedades que definían lo que era oro en la Grecia clásica era distinto del que un químico actual indicaría. Desde este punto de vista, el concepto de oro sería derrotable, pues el conjunto de propiedades que determinan su intensidad es revisable y, en ese sentido, popperianamente provisional. Sin embargo, estas discrepancias teóricas y la consecuente provisionalidad del conocimiento no impiden hablar de objetividad en torno a lo que el oro sea. Falibilidad y objetividad, convención social y naturaleza, teoría y objeto independiente de ella, no son pues pares de opuestos cuando describimos el mundo y prácticas sociales como el Derecho. Desde este punto de vista, para

Wang, «Derecho es un término transteórico» (p. 70). La sucesión de teorías en cuanto a lo que el Derecho sea no impide mantener que existe el Derecho con independencia de las teorías (interpretaciones) sobre él. Esta «tesis de la independencia» convenientemente debilitada por Wang contribuye a fundar posiciones antipositivistas como la del argumento de la injusticia de Radbruch o Alexy (p. 69) que entienden que los errores y los desacuerdos acerca de lo que es Derecho son posibles.

El artículo de Andreas Funke, de la Universidad de Colonia, se pregunta en el título de su ponencia si cabe fundar objetividad jurídica sobre una teoría general del Derecho, una pregunta que tiene particular sentido se plantee un especialista como él en Derecho comparado: «*Lässt sich juristische Objektivität auf eine «Allgemeine Rechtslehre» gründen?*» Funke analiza los que considera los dos «garantes de objetividad» (*Objektivitätsgaranten* es la expresión de Funke) de la teoría general del Derecho. El primero es la separación de teoría del Derecho y filosofía del Derecho. El segundo lo que denomina normativismo constructivo (*konstruktiver Normativismus*). El primer garante de objetividad supone la separación de descripción y evaluación del Derecho, que Funke estudia a través de las obras de Félix Somló y Rudolf Bierling. El segundo garante supone la primacía del análisis estructural y la búsqueda de categorías universales para el Derecho. En cualquier caso, el postulado es la «irrelevancia de la filosofía del Derecho para la ciencia jurídica» (p. 30). Según Funke ambos garantes fracasan cuando se enfrentan a la aplicación del Derecho, con su «inevitable impronta subjetiva» (p. 35). La conclusión de Funke es que la teoría del Derecho como teoría general no puede aspirar a garantizar una objetividad en grado absoluto, sino sólo a incrementar el grado de objetividad.

Del célebre velo de ignorancia rawlsiano orientado a decidir los principios de justicia de una sociedad bien ordenada se ocupan los trabajos de Vanessa Heinz («*Schleier des Nichtwissens und Gesetzgebung*») y Christian Schmid («*Der Schleier des Nichtwissens*»). Ciertamente la oportunidad de este estudio dentro del volumen es obvia: la imparcialidad que pretende garantizar el velo de ignorancia contribuye a la búsqueda de la objetividad. El punto de partida de Heinz es la actualidad que ha cobrado la noción de velo de ignorancia a través de su recepción en la jurisprudencia constitucional alemana (BVerGE 101, 158, 218) ante una controversia sobre la igualdad de financiación entre Estados en la República Federal. Heinz examina la evolución del concepto en Rawls y su virtualidad jurídica y concluye que el velo de ignorancia es una figura de la ética cuya recepción en el sistema jurídico real sólo puede tener lugar de forma debilitada (p. 50). Sin embargo, la cuestión no es sólo si la ignorancia de los legisladores es posible. Schmid comienza sus reflexiones señalando que la información es precisamente un elemento esencial para la toma de decisiones en la tradición utilitarista (p. 51). La filosofía práctica de Rawls en cambio busca la imparcialidad a través de la ocultación de información. Schmid pone de relieve que la regulación descentralizada de la producción y distribución de bienes incrementa la utilidad general si la comparamos con una regulación centralizada en un «dictador utilitarista». Es en esa regulación descentralizada en donde cobran sentido los acuerdos cuya puesta en práctica requiere a su vez alguna instancia centralizada. Adquiere sentido entonces la aplicación de un velo de ignorancia que corrija las desviaciones que puedan dar lugar a discriminaciones por parte de esa instancia central.

La primera parte del libro concluye con el trabajo de Steffen Wesche, «*Objektive Bedingungen für relative Normen*». Wesche propone una perspectiva metodológicamente integradora de disciplinas como la economía, la teoría de los juegos, la antropología jurídica y la biología evolutiva junto a la psicología y la sociología jurídica. A juicio de este autor, «si colocamos el objeto de nuestra actividad científica en el campo del *Sollen* puro, nos hemos separado del camino a la realidad» (p. 85). Wesche busca fundar la objetividad de ciertas normas jurídicas en su funcionalidad social y biológica, lo que explicaría un sustrato común de las normas, que Wesche expresa a través de ocho tesis del tenor: «no existe norma sin conflicto», no «existe norma sin comportamiento» o «no existe norma sin sanción» (p. 73).

Desde la perspectiva de la filosofía jurídica española, quizá los dos trabajos más interesantes de la segunda parte del volumen sean obra de los dos alexyanos del grupo. Me refiero a Carsten Bäcker y Nils Teifke. El pulcro trabajo de Carsten Bäcker, «*Die diskurstheoretische Notwendigkeit der Flexibilität im Recht*», sirve de punto de partida a la segunda parte del volumen (*Flexibilität im Recht*) como una bisagra que pretende articular los dos temas del volumen: «La necesidad de la flexibilidad en el Derecho no significa empero, y aquí cabe la recíproca armonización de los temas aparentemente irreconciliables de las jornadas de Kiel y Hagen, el final de la objetividad en el Derecho» (p. 109). Bäcker, discípulo de Robert Alexy en Kiel, argumenta contra la tesis de la única respuesta correcta y se apoya sobre la tesis alexyana de que existe un espectro de posibilidad discursiva dentro del que caben diversas respuestas correctas. Esta pluralidad de respuestas queda vinculada así a la contingencia de las circunstancias bajo las cuales se desarrollan los discursos reales, que Bäcker contrasta cuidadosamente con las reglas del discurso propuestas por Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica*. El carácter meramente aproximativo del cumplimiento de las reglas del discurso ideal por parte del discurso real queda además vinculado a otro elemento central del pensamiento alexyano: la distinción entre principios y reglas. Los principios a los que queda vinculado el discurso en cuanto mandatos de optimización marcan ideales que deben ser cumplidos *en lo posible (möglichst)*. Bäcker propone un modelo de discurso práctico en tres planos: el del discurso ideal, el del discurso real y el del discurso de hecho o fáctico (*tatsächlich*). Esta estructuración en tres planos presenta como ventaja más importante para Bäcker que «la medida de satisfacción de los principios del discurso no es ya un ideal inalcanzable, sino un óptimo alcanzable» (p. 103). El trabajo de Bäcker, que sigue cauteloso la ingente obra de su maestro, suscribe el modelo procedimental de Derecho estructurado en cuatro gradas de Alexy quien, como es sabido, concibe el discurso jurídico como un caso especial del razonamiento práctico general (*Sonderfallthese*). Las cuatro gradas de mayor a menor grado de generalidad son las siguientes: el discurso práctico general, el discurso del procedimiento legislativo, el discurso jurídico y el procedimiento judicial. De acuerdo con Alexy, el Derecho es ya de por sí un medio que procura la realización de la razón práctica, pero Bäcker pone de relieve que, con independencia de este presupuesto, el discurso del Derecho es tan sólo un discurso fáctico que sólo puede aspirar a una «corrección relativa» (p. 109).

El estimable artículo de Nils Teifke, de la Universidad de Kiel, se plantea el problema del carácter absoluto de la inviolabilidad (*Unantastbarkeit*) de la dignidad humana en el artículo 1.1, primera frase, de la *Grundgesetz*. Como destaca Teifke, en Alemania constituye un tabú no sólo rechazar el carácter

absoluto de este principio (en otras palabras, reconocer su flexibilidad), sino simplemente discutir sobre ello (p. 142, nota 1). Sin embargo, bajo la teoría de Alexy los derechos fundamentales en principio se caracterizan por su carácter no absoluto que se deriva de su ponderabilidad, esto es, de su carácter de principio (por oposición al carácter de regla). En su célebre *Teoría de los derechos fundamentales* (CEPC, Madrid, 1993, pp. 105 ss.), Robert Alexy responde a esta cuestión afirmando que el artículo 1.1 GG en su primera frase contiene un principio y una regla. En el nivel de los principios la inviolabilidad de la dignidad puede entrar en conflicto con otros derechos fundamentales, pero en el nivel de las reglas (que surge de la efectiva colisión de principios) se define el concreto campo de aplicación en el que hallaría carácter absoluto. Teifke examina las críticas que la dogmática alemana ha dirigido a esta teoría del doble carácter (regla/principio) del artículo 1.1 frase 1 GG cuyo riesgo más grave quizá sea incurrir en una tautología: el principio de inviolabilidad es absoluto sólo por la parte en que es absoluto. Por eso Teifke reconoce en el máximo peso abstracto de la dignidad frente a otros principios la propia posibilidad de que pueda ser ponderado. Teifke concluye que la condición iusfundamental de la dignidad humana no debe ser un obstáculo para evitar su devaluación a través de su trivialización y su uso inflacionario (p. 156).

El resto de trabajos presenta un indudable interés para diversos especialistas más allá de la propia filosofía jurídica. Por ejemplo, la necesidad de armonizar objetividad y flexibilidad a la que se refería Bäcker presenta problemas políticos. El trabajo de Verena Klappstein se ocupa precisamente del problema clásico del déficit democrático y los límites de la labor del aplicador del Derecho. Klappstein asume la necesidad de flexibilidad en el Derecho para poder garantizar el «pluralismo del proceso de producción jurídica» (p. 119) en el que intervienen legislador y aplicador y examina los diversos mecanismos que ofrece el ordenamiento jurídico alemán a esos efectos.

Más específico se presenta el trabajo de Sascha Ziemann, colaborador de Ulfried Neuman en Francfort del Meno, quien problematiza la vigencia del principio de la cosa juzgada (*Rechtskraft*) en el ámbito penal mediante un examen del recurso de revisión (*Wiederaufnahmeverfahren*) en Alemania. Ziemann acude a la célebre teoría de Radbruch para referirse a la vieja tensión entre seguridad jurídica y justicia que se renueva en estos casos.

En el campo del arbitraje se sitúa la reflexión de Sebastián Kneisel acerca de la flexibilidad del Derecho. Kneisel, del Instituto Max Plank de historia del Derecho Europeo, recorre los hitos más importantes del arbitraje entre Estados y luego entre multinacionales, analizando con ayuda de la teoría de los sistemas de Luhmann el proceso de *desestatalización* (*Entstaatlichung*) paralelo a la transnacionalización de las relaciones comerciales y al impulso de la *lex mercatoria*. La posibilidad de que las partes se conviertan en los «señores del proceso» exige flexibilidad.

Anusheh Rafi, de la Universidad Humboldt de Berlín, explora las dificultades que el Derecho con su búsqueda de certeza plantea a la aceptación del caos en su propio seno. Rafi pone al descubierto el fundamentalismo del Derecho al subrayar que el ordenamiento jurídico carece a su vez de un ordenamiento que indique cómo interpretarlo y aboga por rescatar conceptos como *juicio* o *experiencia* (*Erfahrung*) a la hora de su aplicación. El particularismo jurídico por el que Rafi toma partido presenta un carácter normativo: su verificación debe conducir a la asunción de responsabilidad por parte de los aplicadores (p. 182).

Si Rafi nos insta a convivir con el caos, el compilador Baufeld nos exhorta por su parte a aceptar las limitaciones de la lógica en el Derecho. Bien revelador es el subtítulo de su trabajo: «Por qué la lógica contribuye poco a la solución de problemas jurídicos y por qué la retórica tópica puede hacerlo» (p. 181). Hace ya algún tiempo que Ota Weinberger declaraba que la tópica estaba muerta. Sin embargo el de Baufeld no parece un caso aislado de recuperación de la tópica de Viehweg y la retórica aristotélica ante las insuficiencias de los planteamientos logicistas para dar cuenta de cuestiones interpretativas y pragmáticas fundamentales. Todo parece indicar que esta dirección bien podría salir reforzada por los próximos desarrollos de la teoría del Derecho.

Finalmente, el estudio de Bernhard Jakl cierra el volumen considerando una contradicción performativa de los cultivadores de la ciencia jurídica positivista: «reivindican una flexibilidad del Derecho, pero sólo ofrecen una flexibilidad en el Derecho, que a su vez presupone una flexibilidad del Derecho» (p. 201). Jakl considera que es necesaria una concepción del Derecho como *ordo ordinans* y no como *ordo ordinatus* y reclama una filosofía del Derecho «filosófica» que amplíe los límites de la filosofía jurídica más allá de lo meramente positivo tomando como referente la filosofía jurídica kantiana.

El resultado final de *Flexibilität und Objektivität im Recht* es en su conjunto muy satisfactorio y es de justicia felicitar a los compiladores Bäcker y Baufeld por él. Se trata de una compilación de trabajos serios, escritos desde perspectivas distintas, por especialistas en diversas materias que exploran puntos de contactos entre ellos. Quizá sea este rasgo el más sobresaliente y que confiere mayor valor al volumen: su firme voluntad de reunir a jóvenes estudiosos del Derecho de la dogmática jurídica y la filosofía del Derecho, pero también juristas prácticos.

Hasta aquí los contenidos del volumen. Corresponde al lector entrar a enjuiciar con detenimiento sus tesis. Aquí quizá sólo sea ya posible formular algunas ideas muy generales sobre el significado del libro para un lector español. Por ejemplo: ¿Sería posible actualmente un libro como éste en España? Desde luego sería posible un libro semejante. Buena prueba de ello es que está a punto de aparecer en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales *Racionalidad y Derecho*, una compilación de trabajos cuyos autores son en su mayoría profesores titulares españoles. Sin embargo, si contrastamos ambos libros podremos comprender algunos aspectos relevantes (a veces preocupantes) del desarrollo de nuestra disciplina en España.

En primer lugar, ambos volúmenes son obra de autores jóvenes. Sin embargo, la juventud es más pronunciada en el caso del libro alemán. En su mayor parte se trata de becarios de investigación, doctorandos, investigadores de diversos institutos o jóvenes doctores. Los trabajos presentan por lo general un rigor y una calidad notables, que nos anuncian ya una de las sendas por las que puede discurrir la filosofía jurídica en lengua alemana del futuro. En nuestras universidades, tras años de expansión, la entrada de nuevos investigadores españoles resulta cada vez más difícil y muchas veces los miembros de las áreas de filosofía del Derecho están condenados a envejecer juntos sin reemplazo a la vista. A lo sumo, investigadores iberoamericanos llenan con sus estancias temporales ese vacío de renovación que comienza a aquejar a nuestro sistema.

Segundo, en su mayoría los autores de *Objektivität und Flexibilität im Recht* no son filósofos del Derecho *puros* (con dedicación exclusiva a la filosofía jurídica como es el caso de los autores de *Racionalidad y Derecho*), sino estudiosos de Derecho comparado, europeo, público, administrativo,

procesal o provienen de institutos de criminología o historia del Derecho o incluso, como en el caso de Steffen Wesche, se dedican a la aplicación del Derecho desde el *Landgericht* de Karlsruhe. En nuestro país, donde la interdisciplinariedad es tan anhelada como poco practicada, esta circunstancia quizá merezca una reflexión ligada a la primera enunciada: Una vía de renovación de nuestra disciplina podría consistir en su mayor apertura al resto de disciplinas jurídicas.

Tercero, los estudios de *Objektivität und Flexibilität im Recht* se inscriben en la tradición de la ciencia jurídica alemana, pero al mismo tiempo buscan nuevos horizontes particularmente en la cultura jurídica angloamericana, como nos indica Carsten Bäcker (p. 14), quien ve en este indicio la esperanza de que las nuevas generaciones de la filosofía jurídica en lengua alemana puedan contribuir a la intensificación del intercambio de ideas entre las culturas jurídicas angloamericana y continental. En este punto quizá no estén de más dos observaciones. La primera consiste en recordar por una cuestión de justicia que, al menos en los orígenes de la tradición analítica y por más que ésta suele ser considerada un producto angloamericano, la vinculación entre el pensamiento de las áreas geográficas marcadas respectivamente por la lengua inglesa y la alemana ha sido tan intenso que hay quien prefiere hablar de una tradición *austroangloamericana*. La segunda, que se impone cierto realismo: esta voluntad de intercambio con la filosofía jurídica en lengua inglesa es una pretensión en la que también se halla la filosofía jurídica de otras áreas que raramente se ha visto correspondida. En este sentido el optimismo de Bäcker no parece hoy por hoy todo lo fundado que querríamos.

Alfonso GARCÍA FIGUEROA
Universidad de Castilla-La Mancha

BLÁZQUEZ-RUIZ, Francisco Javier, *Igualdad, libertad, dignidad*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2005.

«Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...», considerando, a su vez, una larga serie de otros *considerandos*, en los que era cuestión central el consenso acerca del ¡nunca más! o de otra forma, el acuerdo prácticamente unánime acerca de que el menosprecio de los derechos humanos había originado actos de barbarie ultrajantes para siempre en la conciencia de la humanidad, el 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuyo artículo 1 señaló que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...».

Es este el contexto en el que cabe entender el, tan solo en apariencia *excesivo*, título *Igualdad, libertad, dignidad*, del libro del profesor titular de la Universidad Pública de Navarra, Francisco Javier Blázquez-Ruiz.

En efecto, no resulta lícito entender como omniabarcadora la pretensión del autor bajo tan amplio rótulo, sino circunscribir la ya cuarta edición de este trabajo en el seno de las preocupaciones propias del área de Filosofía del Derecho, Moral y Política a la que pertenece el autor, Doctor por la Universidad de Lovaina, y definitivamente situarlo en las líneas de investigación que éste viene desarrollando desde hace años y que giran en torno a un mismo eje: la fundamentación y realización efectiva de los Derechos Humanos, vinculados por una parte en relación con los ámbitos de la inmigración, xenofobia y racismo; y por otra en relación con los retos jurídicos actuales que plantea la Nueva Genética.

Así pues, el objetivo principal del libro es examinar algunos de los problemas más relevantes de la sociedad actual en el contexto de los Derechos Humanos, ante los últimos y reiterados casos de coerción y privación de libertad, del incremento progresivo de prejuicios y de actitudes discriminatorias, o los continuos atentados contra la dignidad humana, atentados, en fin, sobre los que aquel consenso de la Declaración Universal (únicamente logrado, es preciso recordarlo, cuando la mitad de la superficie del planeta desde el corazón de Europa hasta las bellas ciudades de Japón había quedado sembrada de cadáveres aún calientes) no parece hallarse, como suele decirse, «en su mejor momento».

De esta forma, en esta edición, revisada y ampliada de la obra, se aborda ampliamente el conflicto bélico de Irak, del que se analizan las claves que permiten comprender las causas, los diversos intereses y expectativas en juego, así como la situación actual, con especial atención –siempre desde la perspectiva crítica de la filosofía política y jurídica– a las torturas infligidas a los presos en la cárcel de Abu Graib, en Bagdad. También, y con motivo del 60 aniversario del fin de la Segunda Guerra Mundial y la liberación del campo de concentración y de exterminio de Auschwitz, se amplía considerablemente el apartado referido a la ideología del nazismo y al genocidio judío, y se sigue analizando el problema de la validez del derecho nacionalsocialista y la controvertida polémica sobre el positivismo. Por último, se ha incluido un nuevo apartado centrado en el proceso seguido por la globalización económica en el último decenio y los problemas del desarrollo. Se cuestiona en éste, el discurso acerca de la inexorabilidad de la lógica expansiva, «neo-

colonizadora» global y su fundamentación neoconservadora, así como sus efectos en el ámbito político y jurídico internacional.

Estructurado el libro en tres grandes bloques, a una muy pertinente introducción centrada en los derechos humanos como representación del «imperativo categórico de nuestro tiempo», y en la que se recuerda la finalidad de éstos –de los derechos humanos– como herramienta en la lucha frente a la arbitrariedad del poder, le sigue una primera parte, matizada por la propedéutica anterior, que con el título «La reconquista de las libertades» se detiene con una doble perspectiva (actual y retrospectiva) en muy significativos episodios de ejercicios despóticos y a veces despiadados del poder. Así, este primer bloque queda dividido en cuatro apartados: «Tras el 11 de septiembre. Guerra de Irak»; «Auschwitz, el deber de recordar»; «Guerra de Bosnia», y «Pena de muerte y progreso en la cultura jurídica».

Los argumentos de Blázquez Ruiz dirigidos a desvelar la aviesa justificación y motivación de la nueva estrategia de seguridad son siempre pertinentes para recordar a los derechos fundamentales como límites del poder. La reciente muerte del genocida Milosevic, por ejemplo, es un buen motivo que justifica la oportunidad de analizar el sonrojante conflicto de los Balcanes desde la perspectiva del tiempo. La misma perspectiva de la distancia permite coincidir con el autor, en que «en el fondo el régimen nazi perseguía como objetivo alterar y transformar la mentalidad jurídica tradicional».

La segunda parte «Igualdad, dignidad y desarrollo» apunta a la *lex mercatoria* neoliberal y al discurso ideológico del miedo y el mito de la seguridad ciudadana, como verdaderos axiomas en la base del discurso, pero también del imaginario colectivo (alentado por ese discurso) responsables de los reduccionismos que dificultan la mejor comprensión del fenómeno de la inmigración, fenómeno solo abordable desde diferentes coordenadas, como deben ser el derecho/ deber de solidaridad, la educación, o la identidad en el marco, otra vez, de los derechos humanos. Desde la perspectiva de la Filosofía Política y Jurídica se pone de manifiesto el reto inexcusable de la integración social, con especial énfasis en la vertiente de la ciudadanía, así como en las posibilidades de la educación como factor clave de un proceso bidireccional.

Un tercer y último bloque, «Derechos Humanos, Bioética y Sociedad», plantea en términos de desafío ético y jurídico la respuesta a los retos del progreso científico genético y del desarrollo biotecnológico, tanto por las expectativas biomédicas que emergen tras la secuenciación del genoma (por ejemplo de carácter terapéutico) y las incalculables posibilidades que abren para el desarrollo de la medicina predictiva y preventiva o la terapia genética, somática y germinal, como, por la otra cara, los riesgos de la información genética en la ecuación entre posibles discriminaciones (etiqueta genética en el ámbito laboral) y la tentación eugenésica de diagnósticos prenatales.

Imprescindibles reflexiones, jalonadas por un completo e interesante aparato de notas (lástima que colocadas al final de cada apartado) en las que quizás sólo habría que matizar (que no juzgar) la cuestión de la forma.

En relación con la forma del libro, secuencia ordenada de párrafos espaciados y enumerados por secciones, cabe señalar que aunque las reflexiones que se exponen forman parte en su núcleo, de comunicaciones y ponencias del autor en diversos congresos internacionales y universidades extranjeras, el estilo está adaptado para que resulten atractivas de leer también para un público no especializado. En este sentido, parece que incluso el punto de vista adoptado no quiera tanto agotar la discusión, sino, por el contrario invitar a la reflexión y el razonamiento sobre un tema.

No es pues lenguaje aforístico, a la manera del *Tractatus* de Wittgenstein, ni son aforismos (esa herida abierta en la piel del discurso, fisura, desde Hipócrates, en la lógica de todas las cosas para vislumbrar la complejidad del mundo, de la que fueron maestros Pascal, Nietzsche o el demoledoramente irónico Cioran), sino reflexiones, argumentos, razonamientos, razones y *mejores razones*, las de Blázquez-Ruiz, con espacios que consiguen –no sé si por la voluntad del autor– con breves pausas que permiten, en definitiva, una toma de aire que favorece el aprovechamiento, incluso, podría añadirse, la agilidad crítica del lector al que se invita, parafraseando a Bobbio, a *soñar* con los tres valores del encabezamiento, igualdad, libertad y dignidad, frente a aquéllos que se obstinan en convertirlos en una *pesadilla*.

Jesús GARCÍA CÍVICO
Universidad Jaime I de Castellón

GROTHER, Ewald, Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900–1970, Ordnungssysteme. Studien zur Ideengeschichte der Neuzeit, Vol. 16, 2005, 486 pp.

El autor Ewald Grothe, profesor investigador de historia moderna y contemporánea de la Universidad de Wupperthal ofrece de entrada a sus colegas alemanes, austriacos, suizos en parte, así como a los demás germanohablantes un texto pionero, dimanante de la reelaboración de su habilitación a cátedra, dedicado a completar, analizar y ofrecer un sentido a un conjunto de materias que ya en Alemania desde principios del S. XIX se viene dudando específicamente a la hora de atribuir un área científico-universitaria del conocimiento donde deben ser subsumidas, dada la específica forma de entender la Historia (Historia e historia a la vez) que se ha venido desarrollando en Alemania, país que gusta especialmente de anteponer a casi todo conocimiento humano académicamente planteado y desarrollado durante el citado S. XIX el epíteto específico de «científico» («wissenschaftlich») atribuyéndolo una seriedad característica que pretende así presentarlo de entrada como Ciencia («Wissenschaft»), es decir como conocimiento objetivo, constatable e indubitable –a salvo del habermasiano ulterior falseamiento y substitución por otro mejor fundamentado–. Este fenómeno típicamente alemán, no tomado ciertamente tan en serio en el resto de países europeos, especialmente vecinos como Francia, –donde el cartesianismo pese a todas sus cautelas prima en general sobre cualquier pensamiento foráneamente importado, incluso teniendo en cuenta sus posteriores matizaciones¹–. Dicho fenómeno, que como decimos refiriendonos a Alemania no es en modo alguno característico de la «Historia» en general y de la «historiografía» o arte de escribir y reflejar la Historia en particular, ya que se refleja allí también paralelamente en otras muchas áreas del conocimiento humano –de entre las que destacamos las de Filosofía y Derecho, y *a fortiori* la de «Filosofía del Derecho», por no mencionar la de la Historia de la Filosofía del Derecho, como subrama–. Así, mientras que en otras áreas europeas como la mediterránea y/o romanista hemos preferido secularmente el rótulo de «Derecho» a secas, (Droit, Diritto, Direito etc. al igual que sucede en el área eslavófona europea igualmente con «Pravo», Pravni, etc.), en Alemania desde hace ya dos siglos se viene hablando preferentemente de «Ciencia Jurídica» («Rechtswissenschaft») si bien dicho término en singular se traduce en castellano por el plural como «Ciencias jurídicas»– forzando el sentido original, (que en puridad sería «Rechtswissenschaften»).

Si analizamos el problema en profundidad observaremos que la analogía que guarda con otras ciencias similares en dicho país y que –reiteramos– no se observa ni al Sur ni al Este de Europa (salvo posibles excepciones muy puntuales de imitación con el modelo alemán decimonónico) es precisamente la clave principal de precomprensión gadameriana para entender la propia división existente actualmente en el seno de la historiografía alemana contemporánea reunificada tras la caída del muro de Berlín, dato últimamente

¹ «Es evidente que su historia no puede buscarse en la h.^a de uno solo de los Estados europeos. Sus rasgos fisionómicos están esparcidos; hay que buscar tan pronto en Francia como en Inglaterra, tan pronto en Alemania como en Italia o España los elementos de su historia». GUIZOT Francois. *Historia de la Civilización en Europa*. Alianza Editorial. 3.^a edic 1972 p. 19.

puesto en relieve especialmente en las últimas jornadas internacionales celebradas en Weimar en 2005, a las que acudieron de consuno ponentes, historiadores e historiógrafos de las otrora ambas Alemanias, aparte de representantes de múltiples naciones y Estados contemporáneos –todo ello debidamente documentado por el organizador, el Prof. H. Timmermann en un primer informe/Bericht sobre dichas jornadas–². Allí se vió meridiana-mente que los propios historiadores y/o historiógrafos, o sea quienes escriben la Historia y la enseñan como docentes en Universidades e Institutos de Enseñanza Superior (e incluso media), se dividen a este respecto en dos ámbitos nítidamente diferenciados: a) Por una lado el de quienes creen que Alemania posee y puede seguir poseyendo cara al futuro como ha venido haciendo ya desde el S. XIX, el llamado camino o vía «específicamente alemana» dedicada al estudio de lo que allí llaman «Verfassungsgechichtschreibung» o «Historiografía constitucional» –término que en modo alguno se refiere al Estudio de las constituciones desde el modelo de contenido jurídico propio de la Historia del Derecho, sino que menciona todas las características en las que los autores, historiógrafos, elementos políticos circundantes y contexto social en general de todo tipo, incluso el económico a grandes rasgos ha influido en la toma de decisiones del poder y en los comportamientos reales del pueblo durante los cambios estructurales jurídico-políticos de relevancia, como los constitucionales³ y los institucionales⁴–, y b) por otra la de quienes piensan que los Alemanes deben escribir la Historia en calidad de historiógrafos como el resto de los países del entorno alemán, sin especificidades de ningún género⁵.

Pues bien, aquí es donde Grothe nos presenta su obra específica, en la línea ya preconizada por anteriores pensadores de curriculum pluridisciplinar juristas-historiadores-constitucionalistas⁶ como Böckenförde⁷ indicando e insistiendo preferentemente en su mutidisciplinariedad, que sirve de marco para entender los acontecimientos sociales no reflejados en los meros textos escritos constitucionales ni en los jurídicos como tales, sino mostrándose como una «amalgama unitaria y plural a la vez», una unidad en la variedad (Aristóteles) con cuya carencia el conocimiento actual se nos puede presentar distorsionado, mutilado o incluso deforme, si no específicamente erróneo por extrapolación. El autor cita a los autores Otto Hintze, Fritz Hartung

² TIMMERMAN H. en: <http://www.akademie-rosenhof.de/Bericht-DDR-Forschertagung-Weimar-2005.pdf>.

³ TIMMERMANN, Heiner: *Eine Verfassung für die Europäische Union*. Beitr. Zur einer grundsätzlichen und aktuellen Diskussion. Leske+Budrich Opladen. 2001.

⁴ GROTHE se incluye en este apartado («*Es ist eine deutsche Spezialität*»... Vid. p. 17 del o. p. recens.).

⁵ Vid. «*Dos tipos de historiografía de la guerra civil mundial*», en: NOLTE, Ernst: *Después del Comunismo*. Ariel. 1995. (Título original: *Lehrstück oder Tragödie?*). pp. 211 ss.

⁶ «*Es ist angelegt als wissenschaftsgeschichtliche Arbeit, nicht als Untersuchung der Verfassungsgeschichte selbst*». . . «*auch für wechselseitige Kenntnissnahme und Anregungen, bis zur interdisziplinären Miteinander*», en: BÖCKENFÖRDE, E. W. en: «*Zeitgebundenheit der Begriffe*», en: FAZ, 24. 01. 06.

⁷ BÖCKENFÖRDE ya había anticipado la metodología un año antes, al hablar del «a caballo entre la Historia y la C.^a Ja». =Vide.: «*Die Verfassung: Auf einen Mittelweg zwischen Geschichte und Rechtswissenschaft*» (Interview mit E. W. BÖCKENFÖRDE, de Benito ALAEZ CORRAL), in: H.^a Constitucional (Rev. electrónica), núm. 5 (2004) <http://hc.rediris.es/05.indice.html>.

(ambos historiógrafos e historiadores prusianos) y como complemento al jurista Ernst Rudolf Huber con lo que muestra la íntima unión entre Derecho e historiografía – o Historia en su caso–, una vinculación que desde siempre se ha producido en Alemania y que únicamente transmite como dato original en su mensaje más íntimo –*al menos tal y como la podemos observar desde el Sur de Europa*– el de haberse convertido en una «forma de autorrepresentación alemana característica o sui generis». Dicha forma «científica» siempre en permanente cambio se refleja sobre todo a nivel universitario produciendo un notable grado de perplejidad, ya que obliga a su comprensión como fenómeno bipolar y a la vez unitario, al tratarse de asignaturas interdisciplinarias e independientes en la Universidad, ambas facetas, la de «interdisciplinariedad» e «independencia» entendidas no sólo en cuanto a su ubicación correcta –sea en el ámbito de la sociología, sea en el de la Historia o en el del Derecho–, (es decir, como historia constitucional o historia de las ideas políticas, o incluso como historia del pensamiento) sino incluso en cuanto a contenidos y metodología se refiere. Que con todo ello se produce un curioso paralelismo a lo que ya en Kant se conociera como «Streit der Fakultäten» en ámbitos muy similares es algo tan evidente que no necesita ser nuevamente traído a colación aquí, pues cae por su peso. Ahora bien, Grothe en el presente ensayo se limita esencialmente a analizar contenidos, metodología y también algo específico y característico de este tipo de conocimiento científico, «la recepción de los diferentes modelos, proyectos y anteproyectos epistemológicos» existentes en torno a la propia y específica materia objeto del conocimiento: la «historiografía constitucional alemana» (*die deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung*). Coincidimos en estos asertos con Reinhard Mehring, docente en el Institut Für Philosophie, Universidad Humboldt-Berlín, quien aprovecha la ocasión que le brinda el propio autor para ironizar sobre lo indeciso del rumbo de la propia Alemania reunificada preguntándose «¿Quién podría decirnos mejor dónde nos encontramos ahora en la Historia entendidos como República Federal Alemana?»⁸.

Grothe comienza su obra situándose en el tiempo a partir del S. xvii como «*Reichshistorie*», para pasar más adelante a transformarse en «*Historia del Derecho*» durante el S. xix, finalizando por ende como «*Verfassungsgeschichte*» –Historia constitucional– en el XX bajo el fundador de la Academia Prusiana de la Historia, el gran Otto Hintze. Tras éste, su discípulo Fritz Hartung completará parcialmente la obra de su antecesor hasta que el golpe hitleriano interrumpa brusca y simultáneamente la línea de creación e investigación que todo ello supone. Hasta ese momento todas sus aportaciones se estudiarán como asignaturas en la Facultad de Ciencias Históricas; ahora bien justo a partir de la toma hitleriana del poder serán preferentemente «juristas iuspublicistas pro nazis» quienes se ocupen de «re-escribir» la Historia, –*preferentemente los discípulos del iuspublicista Carl Schmitt*–, a saber: Ernst Forsthoff y Ernst Rudolf Huber. No hay que olvidar el relevante dato de que Huber escribe y publica tras 1945 en ocho volúmenes y un total de ocho mil folios la así llamada «Historia constitucional alemana desde 1789» (*Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*), texto cuya vigencia aparece más en el plano teórico que en el práctico, pero que perdurará en Alemania hasta el llamado «Renacimiento hintzeano», fenómeno que se observa siempre mediante una nueva versión o relectura de éste que se adapta incluso

⁸ «*Wer könnte uns besser sagen, wo wir heute als Bundesrepublik in der Geschichte stehen?*» MEHRING, Reinhard: Rez. Zu E. GROTHE, H-Net-Clio-online, 2005-4-101.

más a la «Historia contemporánea» que a la «Historia del Derecho». De este modo vemos cómo nuevamente sale de la Facultad a la que había sido trasladada, –la de Derecho–, para volver a reincorporarse a la de Historia, es decir, su vuelta a la primigenia. Este fenómeno pendular observado desde España nos puede llenar de estupor: Una misma disciplina oscila entre facultades, primero en la de Historia hasta la 2.^a Guerra Mundial, luego pasa a la de Derecho para finalmente volver a la de Historia, al par que las Facultades alemanas de Derecho dudan entre proseguir sus investigaciones en la línea de la Historia del Derecho, con especial atención al Derecho Público –por tanto también a la historia constitucional (*Verfassungsgeschichte*)–, o bien las soslayan y reenvían a la Facultad de Historia en lo específicamente constitucional hintzeano, conservando sencillamente la Historia del Derecho en cuanto a estudio de los documentos jurídicos exclusivamente se refiere, sin entrar en los aspectos puramente históricos o «parajurídicos» complementarios que aquélla analiza, describe e interpreta.

En todo caso merece destacar el mérito que ostenta Grothe al intentar sobre todo esclarecer el debate existente en Alemania desde prácticamente la «caída del Muro» (1989) en torno al «valor de la Historia durante el nazismo», de la que otro joven polígrafo historiador y geógrafo notable, Michael Fahlbusch viene ya publicando desde 1999 suficientes elementos irrefutablemente científicos⁹. Grothe usa al efecto una tríada o trilogía formada por dos historiadores y un jurista, como vimos, razón por la que entiende el carácter puramente interdisciplinar de la «historia constitucional alemana» sobre cualquier otro, al ser imposible reconducirla a un solo y único ámbito del saber científico. Necesita por tanto un valor puente entre la Historia y el Derecho, cubriendo esa especie de vacío o tierra de nadie que a veces parece existir entre asignaturas, aquí especialmente visible. El valor por tanto de esta obra, que esperamos se traduzca pronto a cualquier lengua europea más asequible para la mayor parte de los investigadores, –inglés o francés–, (apostando por el español/castellano para Iberoamérica) es básico para la investigación en temas atinentes a la historiografía alemana en vistas a entender mejor la propia Filosofía del Derecho subyacente a la misma, así como para la correcta reconstrucción historiográfica de la Historia de los derechos humanos y fundamentales en el espacio alemán («Deutscher Raum») que implica también a Austria, Suiza alemana, Liechtenstein, etc.¹⁰ Grothe sin embargo contrapone «*la continuidad de los esfuerzos científicos frente a la discontinuidad de los factores puramente políticos*», –léase sistemas políticos–, que más que cambiar de forma evolutiva se caracterizan en dicha época por bruscas cesuras e involuciones imprevisibles de largo tracto, paradoja fácilmente soluble acudiendo a la interdisciplinaridad y complementariedad de los conocimientos. No habría que olvidar que el número de obras traducidas existentes en España sobre p. ej. Hintze es exiguo, incluso en la Bibliote-

⁹ FAHLBUSCH, Michael: *Wissenschaft im Dienst der nationalsozialistischen Politik. Die Volksdeutschen Forschungsgemeinschaften von 1931-1945*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1999.

¹⁰ En paralelo al historiógrafo-geógrafo Michael FAHLBUSCH quien junto con Ingo Haar ha publicado esta vez «en inglés» en vez de en alemán y casi paralelamente a GROTHE una colección de los textos más significativos del debate en torno al valor de las ciencias históricas a través de las actitudes y las obras de los científicos nazis y pro-nazis y de sus respectivos programas y ejecuciones, en su obra col. «*German Scholars and Ethnic Cleansing (1920-1945)*» Berghahn-books, New York-Oxford (2005), –obra recensada por nosotros en este mismo número del AFD–.

ca Nacional de Madrid, escasamente cuatro, siendo la primera de cuño hispanoamericano¹¹.

Únicamente cabría quizás hacer un pequeño reproche al autor en cuanto a la línea investigadora que persigue. Sabido es que el discípulo más adelantado de Hartung fue Gerhard Oestreich, como hemos puesto de relieve en nuestras publicaciones respectivas en Alemania primero¹² y recientemente en España después¹³. Sin embargo, Grothe apenas ofrece al respecto sino todo un mosaico puntillista de pinceladas sin orden aparente e incluso bastante desconcertantes a lo largo del texto, ajeno a la relevancia de dicho autor, historiógrafo y constitucionalista en el sentido böckenfördeano visto *ut supra*, supliendo esta laguna por la inestimable aportación del jurista Huber, que cierra la línea expositiva Hintze-Hartung-Huber. En puridad de conceptos debería haber elaborado *–a nuestro buen entender–* la tríada preferentemente desde el punto de vista estrictamente historiográfico Hintze-Hartung-Oestreich, completado posteriormente por Huber, en su caso, como puente de interdisciplinaridad. Sin embargo, si así lo hubiera hecho la troika se habría convertido en una auténtica cuádriga, *–que es como efectivamente sucedió en la Historia alemana–*, descompensando acaso la propia arquitectura del libro. Quizás el no anodino dato de que todavía por aquel entonces en que Grothe comienza sus análisis histórico G. Oestreich era únicamente «Doctor Phil. », en vez de «Universitätsprofessor», sea la clave que justificaría el reseñado lapso grothiano¹⁴. Pese a ello nos consta fehacientemente otro dato altamente significativo como es el de haber leído demasiado tarde la recensión fahlbuschiana de nuestro libro sobre Oestreich y Radbruch, es decir, cuando el libro estaba ya materialmente impreso y preparado para su distribución editorial, único motivo plausible como alegato justificativo de dicha carencia¹⁵. Ello no obstante, en ningún lugar aparece en Grothe cita alguna sobre Oestreich de la que se deduzca su verdadera participación en el

¹¹ 1. *Alemania y el Sistema Político Universal*, de O. Hintze, Buenos Aires: Unión de Libreros Alemanes. 2. *Alemania y la Guerra Europea* por O. Hintze, Friedrich Meinecke, Hermann Ducken y Hermann Schumacher... Traducción directa por el Dr. F. Balvé. Barcelona, 1916. 3. *Feudalismo-capitalismo*, por Otto Hintze, recopilación de Gerhard Oestreich; [traducción de J. Faber]. – Barcelona: Alfa Edit. N.º O, 1987. 4. Autor/es: O. Hintze y Díaz Garica, J.: *H.ª de las formas políticas* / Traduc por J. Díaz García: Madrid: Revista de Occidente, [1968] 322 p., 2 h.; Col.: Biblioteca de Política y Sociología.

¹² MIKUNDA-FRANCO, E., G. OESTREICH *Als Historiker der Menschenrechte im Vergleich* zu G. RADBRUCH, *Ein rechtsphilosophischer Zugang*, 208 pp. Lit-Verlag, Münster-Hamburg-London 2002 (= Dokumente und Schriften der Europäische Akademie Otzenhausen, Bd. 103),

¹³ MIKUNDA-FRANCO, E.: *Los Derechos Humanos como Historiografía y Filosofía de la experiencia jurídica* en G. OESTREICH: *Simetrías y distorsiones frente a G. RADBRUCH*. Sdº Publ. Univ. Sevilla. 2005

¹⁴ GROTHE me avisa en un reciente e-mail que pronto subsanará la carencia, ya que desconocía la existencia de nuestro libro publicado en Alemania en 2001, confirmando la validez de nuestras tesis sobre OESTREICH, que completa al descubrir textos inéditos oestreichanos que demuestran su implicación como teórico del nazismo más allá de lo demostrado por nosotros anteriormente.

¹⁵ FAHLBUSCH, M.: *Rezension* zu: MIKUNDA-FRANCO, E.: *G. Oestreich als Historiker der Menschenrechte im Vergleich* zu G. RADBRUCH. *Ein rechtsphilosophischer Zugang*, 208 pp. Lit-Verlag, Münster-Hamburg-London 2002 (= Dokumente und Schriften der Europäische Akademie Otzenhausen, Bd. 103); en: NPL, Jg. 49 (2004) Verlag Peter-Lang GmbH, Frankfurt/Main, pp. 456-457.

Tercer Reich como ideólogo antes de su reconversión en demócrata a ultranza. La falsificación consciente de datos biográficos, hecha no sólo por el propio Oestreich en vida y que ya denunciarnos en su momento¹⁶ habría sido hecha ex post facto muy tarde, en 1966, a través de una charla coloquio radiofónica muy posteriormente editada por su viuda B. Oestreich en 1980 en el libro póstumo que da fe de la mejor crestomatía oestreichiana historicista moderna titulado: «Strukturprobleme der frühen Neuzeit»¹⁷. Pese a todo ello las aportaciones de Grothe suponen con este libro señero un hito en cuanto a la apertura final y definitiva al par que una aceptación de la interdisciplinariedad como eje básico cara al futuro por de los historiadores alemanes, especialmente en sus relaciones con la Filosofía, el Derecho, la Filosofía del Derecho, la Sociología y en general con las llamadas Ciencias humanas o sociales. De todo ello daremos fe más extensamente con motivo de la próxima publicación de la «Crónica Jurídica Hispalense. Revista de la Facultad de Derecho núm. 4/2006» que refleja nuestro último estudio en la materia bajo: «La historiografía alemana moderna y contemporánea: Autores y “valor interdisciplinar” en la investigación española reciente por su especial proyección en materia de Filosofía Jurídica, Derechos Humanos y Ciencias Sociales de actualidad»¹⁸. Otro tanto cabría decir del texto matriz inédito de la última conferencia impartida al respecto en Alemania, que será publicado próximamente a cargo de H. Timmermann, organizador de las últimas jornadas weimerianas sobre «Historiografía e investigación reciente en la otrora DDR desde 1945», en noviembre 2005¹⁹ muestra de interacción y retroalimentación España-Alemania.

En cuanto al contenido estructural de la obra, el autor la vertebra en siete amplios y bien documentados capítulos. En el primero destaca la importancia de la historia constitucional alemana dentro del más amplio contexto de la Historia de la Ciencia en general; en el segundo explicita detalladamente cómo se llega a esa especie de subrama que es la historia del constitucionalismo; del tercero al quinto enumera las etapas históricas respectivas que van consecutivamente desde el *Kaiserreich* pasando por la *República de Weimar* hasta el *Nazismo*. Progresivamente destaca rasgos de los nacionalistas Bornhak y Schulte; califica de asimilacionistas a Heimpel y Feine y de militaristas a Hohn y Huber (sin olvidar al constitucionalista C. Schmitt ni su polémica con Huber); prosigue con la llamada «fase de politización», con F. Hartung y la revisionista medievalista con O. Brunner concluyendo con un importante apartado que refleja su «concepción legitimadora de la Ciencia efectuada a través de la historia del constitucionalismo» («*Verfassungsgeschichtsschreibung als Legitimationswissenschaft*»). El capítulo seis refleja una de sus más

¹⁶ MIKUNDA-FRANCO E, G. Oestreich als Historiker..., *op. cit.*, pp. 33-34.

¹⁷ OESTREICH, G.: «30 Jahre Historiker. Wandel der Wissenschaft aus der Sicht einer Generation», en: *Strukturprobleme der frühen Neuzeit*, edit. A cargo de Brigitta Oestreich, 1980, (contiene transcripción de mensaje radiodifundido en Radio Bremen 2. Programm, el 22. 02. 66).

¹⁸ Especialmente el apartado 4, que reseña: «*Consideraciones críticas de historiadores e historiógrafos alemanes de las últimas generaciones como Ingo HAAR, Michael FAHLBUSCH y Ewald GROTHE: Su importancia para la Filosofía del Derecho y la investigación de fuentes historiográficas en materia de exégesis y hermenéutica sobre Derechos Humanos en la España contemporánea*».

¹⁹ Título original: GESCHICHTE SCHREIBEN. Subtítulo: *Interdisziplinärer Wert deutscher Historiker und Verfassungshistoriker in Spanien für die Forschung bei den Geisteswissenschaften der Gegenwart*.

interesantes aportaciones analíticas: la fase de «*Desnazificación y reintegración en Europa*», concluyendo con la etapa actual de «renacimiento» de Hinzte. Bajo el capítulo final, reseña –recopilando– las últimas metamorfosis sufridas por estas materias durante el periclitado S. XX. El apartado de fuentes, autores y obras, –tanto impresas como no impresas– se configura como broche de oro del propio texto perfectamente maquetado y cuidadosamente presentado.

Se trata pues de un texto fundamental de tipo «interdisciplinar» para el estudio de la historiografía alemana más reciente útil tanto en España como en Iberoamérica, así como de los autores y referencias textuales que sirven de base y marco a la vez para la reconstrucción histórica de los Derechos Humanos y Fundamentales, al igual que para dilucidar las líneas maestras de la Filosofía del Derecho o filosofías jurídicas existentes en las épocas analizadas, que a la vez nos da la clave del desarrollo de la RFA hasta pocos años antes de la caída de Berlín, dejando entre líneas aspectos de la periclitada DDR.

Emilio MIKUNDA FRANCO
Universidad de Sevilla

HAAR, Ingo / FAHLBUSCH, Michael, *German Scholars and Ethnic Cleansing (1919-1945)*, Foreword by Georg G. Iggers, Edit. Berghahn Books, New York-Oxford, 2005, 298 pp.

Raras veces un recensante se encuentra en una situación de tensión bipolar de tal magnitud y envergadura que le impida pronunciarse meridianamente en el sentido de alegrarse o entristecerse ante la tarea a la que se enfrenta, como en el presente caso. Si por una parte resulta difícilmente ocultable la alegría que produce el poder recensar críticamente una obra como la mencionada *ut supra*, –habida cuenta de la calidad y profundidad de la temática que despliega–, por otra y simultáneamente produce también una infinita tristeza pensar en lo inhumano del contenido denunciado por la propia obra recensada. Así, de esta extrema tensión entre la tristeza por el fondo –*que más hubiera valido que jamás se hubiera producido*–, y la alegría que produce haber sido designado por el propio autor como posible recensante nace este intento de abordar de forma objetiva el texto, enfocado no ya desde el punto de vista del historiador profesional, el de la crítica histórica, sino desde un «punto de vista interdisciplinar» como es el que ofrece en este contexto la «Filosofía del Derecho» en vistas a su aprovechamiento para completar otro hito en el largo camino de reconstrucción de la historiografía de los Derechos Humanos, pues es en estos ámbitos precisamente donde puede desplegar su mejor virtualidad. Consecuentemente, adelantar que se trata de un texto puntero en la materia no es un brindis al viento ni un juego floral de primavera, toda vez que el libro de referencia acaba de recibir –y no en vano– el mayor galardón 2005 que concede la «Asociación de librerías y Universidades norteamericanas a libros publicados en inglés por autores no anglosajones» («Choice Outstanding Book Aware of the Year 2005»).

Se trata, en primer lugar, de un texto recopilatorio que reúne en su seno trece estudios punteros correlativamente enumerados que contienen los más recientes resultados respecto de una de las materias más espinosas de enjuiciar que jamás haya dado Alemania al mundo. Ahora bien, no nos referimos especialmente al tan manido tema del holocausto hebreo en sí –aunque también forme parte de su temática, ya que su notorio objetivo no fue otro que el de hallarse casi exclusivamente confinado a la supresión de la cultura dimanante del judaísmo alemán tanto del suelo alemán como posteriormente de territorios anexionados y ocupados en Austria, Polonia, Checoslovaquia, Sur de Rusia etc.¹, sino sobre todo porque «analiza y estudia directamente los textos originales alemanes» ofreciendo pruebas palpables a todo investigador (y a cualquier posible interesado en la materia) mediante la aportación de la documentación de primera mano respecto de las «fuentes y territorios» en los que se aplicaba la «política de germanización y posterior nazificación forzosa de sus habitantes», así como del grado de implicación que «realmente» ostentaron todas aquellas instancias universitarias, instituciones y otras tantas altas Escuelas Superiores alemanas; y lo que es más importante –*hasta ahora conscientemente descuidado por la investigación en general*– muestra el grado real de implicación de sus profesores, ayudantes, colaboradores e intelectuales al frente de todas ellas. (Al decir «realmente» entendemos «*de hecho y mediante instru-*

¹ Vid. ALY, Götz /HEIM, Susanne: *Vordenker der Vernichtung. Auschwitz und die deutschen Pläne für eine neue Europäische Ordnung* (1992); versión inglesa bajo: «Architects of Destruction: Auswitz and the Logic of Destruction» (2002).

mentos de constatación objetivos e insobornables»). No habría que olvidar que en éste como en todo tema profundamente politizado, siempre se ha pretendido *ex post facto* que la carga de la culpa la ostentaron única y exclusivamente las autoridades políticas del IIIer Reich, una tesis falsa en toda su envergadura, a la luz de las pruebas aportadas por el presente cúmulo de estudios. Sin embargo ahora nos vemos confrontados con el grado de participación «real» que tuvieron los intelectuales analizados en su calidad de –podríamos decir– «lacayos del sistema, a cuya sombra intelectual se fraguaron los planes más oscuros e inhumanos del sistema nazi». De este modo constatamos que ya en el prólogo (Foreword) de Georg G. Iggers supone de entrada ahorrar al lector el costoso *iter* de la búsqueda de méritos del total de cada uno de los quince suscribientes reunidos en torno a trece capítulos y su correspondiente prefacio (Preface). Los autores, especialistas en las respectivas materias analizadas son correlativamente: Ingo Haar, Michael Fahlbusch, Eric. J. Schmalz y Samuel D. Sinenr, Alexander Pinwinkler, Christof Morrissey, Michael Wedekind, Viorel Achim, Wolfgang Freund, Hans Derks, Eric Kurlander, Frank-Rutger Hausmann, Karl-Heinz Roth y Jan M. Piskorski, todos ellos suficientemente notorios en el ámbito de la investigación historiográfica en torno a la Alemania nazi y a su proyección en el entorno territorial ocupado tras comenzar la 2.^a guerra mundial. Ellos serán quienes desde diferentes ángulos y especialidades, pero movidos por un mismo objetivo, desplieguen sus mejores esfuerzos historiográfico-geográficos (ambas materias absolutamente imposible de disociar en este ámbito de investigación –si es que jamás se pudo hacer en alguno, tesis que compartimos en toda su envergadura–) y sociológicos por mostrar la realidad oculta tras una nomenclatura aparentemente inocente.

Iggers, de entrada ya nos advierte de cuán parvas han sido las cosechas en torno a las investigaciones efectuadas en la RFA para esclarecer el grado de participación de los historiadores e historiógrafos germanos durante el periodo político de predominancia del nazismo, que nos aclararía a su vez su porcentaje de culpa en el genocidio, quizás porque no se ha atribuido a la Historia como asignatura y Ciencia a la vez suficiente relevancia y, cuando así se ha hecho, ha sido poco y tarde, mucho más tarde que en otras disciplinas académicas. El conocido caso de Werner Conze², uno de los más destacados historiógrafos alemanes de la posguerra, no sólo ha venido repitiendo durante años que el rol de los intelectuales alemanes en los planes genocidas nazis carece de interés alguno al respecto, sino que incluso en 1983 seguía indicando que era mejor correr un tupido velo al respecto, alegando el peregrino argumento de que los artífices intelectuales del genocidio nazi o bien podría suponer que deberían haber ya fallecido, o cuando menos, al estar ya jubilados y fuera de toda posible proyección académico universitaria carecería de interés investigar su participación (p. VII). He aquí una de las razones que ha obligado a sus autores a redactar y publicar «en inglés» un texto que debería haber sido lógicamente publicado en alemán: enfrentarse a poco o ningún interés en reavivar la memoria histórica con situaciones comprometedoras. El interés de Conze en ocultar el pasado es, no obstante, evidente en base a las siguientes razones: Karl-Heim Roth y Angelika Ebbinghaus descubrieron en 1992 un documento secreto en el que Theodor Schieder en 1939, tras la caída de Polonia, prepararon científicamente la deportación y «desjudaiza-

² Vid. «Theodor SCHIEDER, Werner CONZE oder die Vorstufe der physischen Vernichtung», en: Deutsche Historiker im Nationalsozialismus, ed. W. SCHULZE-O. G. OEXLE.(Ffm, 1999), p. 178.

ción» («*Entjudung*») de cientos de miles de ciudadanos polacos, documentos similares a otros en los que habría tomado parte el propio Conze de consuno. (p. IX). Análogamente, la contribución de Michael Fahlbusch esclarece no ya el rol jugado por determinados historiadores, en el sentido que ya nos tiene acostumbrados en sus amplias y bien documentadas publicaciones anteriores³, sino sobre todo por mostrar meridianamente el «nivel de institucionalización» de los propios historiadores alemanes «como colaboradores con el régimen nazi para apoyar y desarrollar las políticas genocidas de limpieza étnica» a todo nivel, incluidos los judíos. En este contexto destaca su insistencia en que todo ello no fue sino una proyección de ciertos grupos de intelectuales de la anterior década, la de los años 20, formada por grupos de neoconservadores historiadores, sociólogos, geógrafos y etnógrafos, situados «fuera de los círculos puramente universitarios cuyo objetivo era reestablecer la dignidad de un pueblo profundamente mancillada en el Pacto de Versalles». Su Historia sería la *Historia del Pueblo alemán* («*Volksgeschichte*»), establecida en paralelo a la Historiografía Oficial y destinada a sustituirla progresivamente. En todos ellos se vería claramente ciertas notas comunes como: a) su oposición a la República de Weimar, b) a la Democracia Parlamentaria, c) su afinidad con los regímenes autoritarios y d) su antisemitismo patente. De entre todas sus afinidades destaca el hecho de querer establecer los parámetros de toda Ciencia como tal, (el conocimiento científico) en base al concepto de «etnia de sangre» («*Rassenvolk*»), concepto biológico de tipo predominantemente darwiniano, en vez de buscar el consenso democrático de las colectividades, sea a través de alguna teoría consensualizada en la época, sea a través de las urnas. Evidentemente la hipótesis básica preasumida era la de la «superioridad de la propia raza germana» una hipótesis de proyección territorial eyectada tanto hacia el Este de Alemania –hacia los Urales– como hacia el Oeste –Francia, Inglaterra–. La Ciencia no sólo sería entonces un conjunto de conocimientos de base epistemológica, sino simultáneamente ostentaría las notas de polémica y guerrera («*kämpfende Wissenschaft*»), de tipo pragmático esencialmente con la cual se podrían eliminar las subrazas de Europa (los pueblos eslavos del Este) y los judíos substituyéndolos a todos ellos por presuntos «germanos puros». De ahí que la institución de apoyo intelectual más importante fue la «Comunidad de investigadores del Norte y del Este alemán» («*Nord- und Ostforschungsgemeinschaft*»), encargada de estudiar, planificar, reallanar y substituir unas poblaciones por otras en los pretendidos «territorios naturales de expansión alemana». Fahlbusch describe perfectamente cómo se planificaba y aplicaba la organización de los nuevos territorios en colaboración con las temidas SS nazis, refutando tesis gratuitas sobre «presuntas descoordinaciones» entre tales instituciones y sobre todo refutando la tesis de la «falta de infiltración» nazi entre sus investigadores, alegadas tras la guerra *ex post facto*. El alto grado de subordinación de todo investigador allí ocupado a las propias SS durante la 2.ª guerra mundial⁴, –sobre todo después de 1943– es uno de los mejores logros de

³ FAHLBUSCH, M.: «*Wo der deutsche ist,...ist Deutschland*». Stiftung für deutsche Volks- u. Kulturbodenforschung in Leipzig 1920-1933 (Bochum, 1994); Id. «*Wissenschaft im Dienst der Nationalsozialistischen Politik? (...)*» (Baden-Baden, 1999).

⁴ Vid. en este contexto el asimismo reciente libro de Ewald GROTHE: *Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900-1970*, (2005). *Ordnungssysteme. Studien zur Ideengeschichte der Neuzeit*, Vol. 16., recensado por MIKUNDA FRANCO, Emilio en este número AFD..

Fahlbusch, al vincular indisociablemente la «Investigación oriental alemana» con la «Investigación de ideosincracias populares alemanas» («Ostforschung» und «Volkstumsforschung»).

Ni que decir tiene que Fahlbusch muestra indubitadamente cómo los programas de investigación de los intelectuales alemanes, –subvencionados mayormente con fondos públicos–, fueron «aprovechados y encauzados» –ni siquiera distorsionados sino sencillamente «aplicados hasta sus últimas consecuencias»– por los bonzos del régimen nazi. Ingo Haar por su parte destaca la importancia de los grandes temas de la época: problema clave fue el de la «definición de los grupos y colectivos étnicos» hechos a la sombra de programas histórico-demográficos de y sobre poblaciones concretas, lo que redundó en el establecimiento teórico de bases y fundamentos de discriminación, segregación, desplazamientos forzosos y expulsiones, hasta el conocido «genocidio sui generis». Las Sociedades de Investigación del Norte y Este de Alemania, dotadas de una plantilla de ciento cincuenta investigadores y una capacidad de cuatrocientos proyectos (¡sic!) figura a la cabeza de todas ellas; sin embargo, otras dos sociedades paralelas, la de Investigación del Oeste alemán, y la del Sur –al frente de la cual trabajó muchos años Otto Brunner– jugó un enorme papel incluso después de la guerra –*inaudito*– primero desde su sede en Viena y luego desde Hamburgo, consiguiendo sus trabajos tal grado de proyección que incluso fueron usados en las denominadas «limpiezas étnicas de los balcanes» en las más recientes décadas del periclitado S. XX (Guerras de Bosnia y Servia).

Eric Schmalz y Samuel D. SINNER ponen en relieve la importancia no sólo del material básico de trabajo (cartas, mapas, estadísticas, Registro Civil de nacimientos y defunciones etc.), sino que destaca el rol de Leibbrandt como oficial de alto rango destinado en el «Ministerio de Territorios Ocupados» a las órdenes de Alfred ROSENBERG, ambos coartífices de la llamada «solución final» de la «cuestión judía» dimanante de la Conferencia de Wannsee. Pinwinkler muestra a su vez el alcance de los mitos sobre la «antigua Germania», sus poblaciones y límites fronterizos, destacando la inescindible intercomunicación entre pueblo («Volk») y territorio («Raum»), frente a la teoría de la disociación total entre germanos y judíos del Medievo, mantenida por Erich Kayser, favorecedora del segregacionismo racista, del aislacionismo y finalmente de la eliminación física de etnias enteras. Christof Morrissey se dedica al estudio de la investigación local sobre Eslovaquia obtenida en el «Instituto de investigaciones patrias» («Heimatforschung»), mostrando cómo se desvió el estudio de la cultura local eslovaca en pro de una presunta germanización a ultranza. Michael Wedekind por su parte y paralelamente elaborará esta temática no sólo limitado a Eslovenia sino incluso en el Norte de Italia (Trentino), sacando a la luz la intercomunicación entre el Sur de Austria, Innsbruck y los territorios alpinos e italianos de Carintia al mando y bajo la influencia de las SS nazis.

Los esfuerzos de Viorel Achim en cambio destacan preferentemente los esfuerzos efectuados por lograr el exterminio de gitanos, zingaros y judíos en Rumanía, todo ello arropado en una presunta condición de demócrata –*atribuida gratuitamente por otros colegas*–, esfuerzos que se proyectaron además en zonas fronterizas de Yugoslavia, Bulgaria, Ucrania y Hungría, donde se trazaron fronteras exclusivamente en base a consideraciones étnicas. La constatación de que el «censo real de judíos» en 1930 era de 750.000 personas y no de 2,5 millones como presuntamente se habría calculado fuera de todo contexto habría servido para subrayar el hecho de que «lo que realmente

se temía de éstos era su poder económico y no sus cifras demográficas» (p. 146), –más bien reducidas–, algo que en otros contextos más actuales podría atizar de forma desmesurada el más puro neoantisemitismo, especialmente en algunos países islámicos como el Irán, en los que parte de su población duda de la magnitud de la tragedia, atribuida a manipulación de cifras y fuentes de referencia por parte del actual Judaísmo internacional intentando acaparar y capitalizar la desgracia de los genocidios acaecidos en la guerra en beneficio propio dejando al margen así a los millones de no-judíos igualmente eliminados.

Wolfgang Freund y Hans Derks investigan a su vez al Oeste de Alemania Freund trata de los desplazamientos de población en Bélgica y Noreste de Francia en una época tan remota que se supone perteneció al «reino de los francos». Ahora bien, la importancia de unas tesis tan remotas no fue en modo alguno anodina; durante la guerra sus ideas justificaron la expulsión de judíos y no-arios de la región fancesa de Metz y de toda la Lorena. Derks estructura sus estudios sobre Bélgica y Noreste de Francia emprendidos a la sazón para regermanizar a la población. Eric Kurlander investiga la obra de Otto Scheel, –de una generación anterior–, que previamente a la 1.ª Guerra Mundial había ya comenzado su labor y tras declararse ciertamente liberal terminó no obstante por colaborar con los Nazis desde 1933. Algo similar lo hallamos en Frank-Rutger Hausmann respecto de las «casas de cultura alemana» («Kulturhäuser») establecidas en territorios ocupados de Bulgaria y Hungría. El texto concluye con el historiador polaco Jan M. Piskorski encargado de observar el desarrollo de las ideas alemanas en pro de una regermanización forzada de la mayor parte de Polonia en base a teorías «científicas» alemanas dimanantes del «Ostforschungsinstitut» creado en 1920, presentando el punto de vista polaco en el que alega que dichos territorios fueron otrora ocupados por «eslavos germanizados a la fuerza». (Mysl zachodnia, o Westforschungsinstitut). El capítulo de Hans-Heinz Roth representa una mera biografía de Hans Rothfels, de su historiografía basada en su «escuela de etnias». Rothfels tachado de judío y forzado a la emigración a América regresó al concluir la guerra e impartió su docencia en Alemania jugando un notable papel en la reconstrucción del país, sobre todo a nivel ideológico.

Ahora bien, el presente libro no se agota en modo alguno tras estudiar sus capítulos por separado. Muestra que si bien en la Alemania Occidental no pasó prácticamente nada relevante tras la segunda guerra mundial, –ocupada en la reconstrucción y en la guerra fría–, en la Oriental sí supuso un cambio radical de élites a nivel historiográfico⁵. Por ello se reprocha a la RFA haber dado cabida a ideólogos pronazis destacados como Schieder y Conze entre los años cincuenta y los setenta, fenómeno que no habría tenido lugar en la Alemania Oriental procomunista. Sin embargo, la contraprueba la ofrecen Hans-Ulrich Wehler, y Wolfgang y Hanns Momsen. Ninguno de ellos se dejó influir por los modelos transmitidos por Conze llegando a reestructurar la historiografía alemana actual en base a «sus propios análisis críticos de cuño social», sometiendo incluso a examen el propio pasado prebélico. En este contexto, p. ej., Winfried Schulze presentaría una concepción histórica des-

⁵ Vid. mi estudio: «La historiografía alemana moderna y contemporánea: Autores y 'valor interdisciplinar' en la investigación española reciente por su especial proyección en materia de Filosofía Jurídica, Derechos Humanos y Ciencias Sociales de actualidad», en: *Crónica Jurídica Hispalense. Revista de la Facultad de Derecho Núm. 4/2006*. (en prensa).

nazificada⁶ con predominio del factor social y de Max Weber, así como de otros weimarianos como Eckart Kehr y el exilado Hans Rosenberg, completados a nivel filosófico por la llamada «Escuela crítica de Francfor»; sin embargo, frente a esta postura, el Instituto Herder de Marburg, fundado en 1950 bajo Erich Keyser prosiguió en la vieja línea de investigación que mayoritariamente había sido abandonada tras la guerra, por ser dimanante de la «Ostforschung», encargándose de revisar el tema de los límites fronterizos de Alemania. Al hacerlo así destapa de repente la caja de los truenos y aparece lúcidamente la lengua bífida del poder político; que subvenciona por una parte un tipo de historia pro democrática y, a la vez, por razones de Estado (como diría Truyol «por razones de Establo más que de Estado») trabaja en paralelo a nivel de establecimiento de fronteras con parámetros históricos obsoletos y periclitados, dotados empero de fuertes intereses partidistas.

He aquí otro de los «valores de denuncia del presente libro» que no está en modo alguno exento de polémica, y mucho menos en la propia Alemania⁷. Nuevamente se denuncia por tanto el hecho de que de 1945 a 1990 se hayan silenciado totalmente los anteriores actos de barbarie nazi o pronazi de los autores, historiógrafos, profesores, investigadores etc., alemanes occidentales a los que se les entregaron puestos de importancia en la docencia e investigación histórica en la RFA durante décadas, en vez de esclarecer el grado de participación, proyecto y ejecución que directa o indirectamente fueron llevados a cabo en base a sus programas «sedicentemente científicos» en materias atinentes al genocidio y limpieza étnica de contingentes europeos, tanto durante la 2.^a guerra mundial como posteriormente en los Balcanes. Claramente se nombra y acusa a Theodor Oberländer que sirvió como ministro bajo Adenauer, («Ministro de Desplazados») («Vertriebene»); y a Karl Stumpp, que fue asimismo asesor oficial en asuntos de la URSS. Incluso –*se afirma*– hubo quienes recibieron las más altas condecoraciones al honor y el mérito de Alemania –silenciando quiénes– («Bundesverdienstkreuz»). Al parecer, la tensión existente se explicaría como resultado no deseado dimanante de la guerra fría; un ejemplo podría ser el siguiente, ya que si bien en la RFA se silencian los escabrosos pasados de algunos académicos ilustres, como Conze p. ej., se alegan frente a ello que otros no menos ilustres como Edward P. Thomson también se pasaron a las filas del PC de la Gran Bretaña tras la guerra sin mayores dificultades. Sin embargo, tampoco parece que ello aclare bien los hechos, toda vez que Thomson: a) Se adhirió al PCB sólo como protesta contra la invasión soviética de Hungría por los rusos en 1956 y, b) En ningún momento habría participado en genocidios ni limpiezas étnicas de ningún tipo anteriormente. De este modo, la realidad, que supera con mucho a la ficción, se ha encargado de acentuar más todavía la tensión en Alemania en la más reciente actualidad. Así en la sesión de 1988 de las «Jornadas anuales de Historiadores alemanes» los campos ya estaban tan nítida como acérrimamente

⁶ Vid. MIKUNDA-FRANCO, E.: Los Derechos Humanos como Historiografía y Filosofía de la experiencia jurídica en G. OESTREICH: Simetrías y distorsiones frente a G. RADBRUCH. Sd° Publ. Universidad de Sevilla. 2005, pp. 207-230 (Especialmente el concepto de «disciplinamiento social» oestreichano, completado con: SCHULZE W./ OESTREICH B.; «G. Oestreichs begriff «Sozialdisziplinierung», en: ZHF, 14/1987, pp. 265-302; en italiano en: Annali della storia italogermana in Trento 18-1992/1993, pp. 371-412.

⁷ Cfr. la postura de PISKORSKI frente a RUCHNIEWICZ en: «Internationale u. Interdisziplinäre DDR-Forschertagung in Weimar 2005», en <http://www.akademie-rosenhof.de/Bericht-DDR-Forschertagung-Weimar-2005.pdf>.

enfrentados, sin que hasta el momento se haya llegado a un acuerdo al respecto, a juzgar por los efectos del último «Congreso internacional de Investigadores» de Weimar 2005, limitándose los asistentes de ambas Alemanias de otra a silenciar estos extremos, enzarzados en otros temas aparentemente más relevantes, como el «futuro de la historiografía alemana desde la caída del muro de 1989», o el «papel jugado por Alemania en el mundo a nivel de historiografía desde 1989 hasta el presente»⁸. En todo caso se teme que de seguirse la tesitura del enfrentamiento serán otros investigadores no alemanes y sobre todo, serán no historiadores sino científicos de otras áreas de conocimiento (juristas, internacionistas, sociólogos, politólogos, antropólogos, etc.), los que se dediquen a elaborar esta rica e inagotable temática, tesis con las que coincidimos plenamente y así hemos igualmente sugerido en Weimar en noviembre 2005⁹. Es realmente vergonzoso que la mayor parte de la investigación alemana más reciente más que fundarse en datos de rigor sobre las fuentes analizadas por Ingo Haar y Michael Fahlbusch se dediquen a desacreditar a ambos autores a ojos de sus colegas, mediante un uso abusivo del argumento «ad hominem». Es de esperar que el futuro acabe con estas corruptelas, especialmente con las diatribas dimanantes de Heinrich August Winkler todo ello con la «claridad expositiva y argumentativa que como ya nos recordara nuestro gran Ortega son cortesía del filósofo».

Ortos méritos que destacan en el libro analizado: a) Una cuidadísima bibliografía muy actualizada y cuidadosamente documentada, apta perfectamente para sustentar tesis de Filsoofía del Derecho tendentes a la reconstrucción de la Historia de los Derechos Humanos en los territorios europeos que describe, especialmetne en cuanto a datos poblacionales y étnicos, tesis de cuño racista y xenófobo y en general disvalores y disfunciones iusfilosóficas por parte del nazismo se refiere. Con ello se evita incurrir en el fallo de alegar fuentes de quinta mano de tipo periodístico o sensacionalista, o simplemente politológicas no contrastadas (p. 272); b) unas páginas dedicadas a resumir la biografía y c) currículum resumido de cada uno de los autores responsables de cada artículo en particular (p. 284); d) y dos índices, por materias y onomástico, de agran ayuda a la hora de localizar datos relevantes. Respecto de las llamadas o notas es importante saber que se hallan sendos elencos tras cada uno de los estudios de que se compone este tipo de trabajo colectivo, lo que ayuda a no confundir autores, fuentes, temas de referencia y llamadas a otros textos complementarios en su caso.

En el apartado de carencias hay pocas que reseñar; ahora bien, la existente, que no es privativa de este texto, es bastante molesta de por sí para el investigador español medio. Se trata de la falta de textos ulteriores en inglés, pues casi todas las referencias son en último extremo a textos existentes únicamente en alemán, difícilmente asequibles y comprensibles para la mayor parte de los investigadores europeos no germano hablantes, que con ello reduce la posibilidad de profundizar en las materias esbrozadas. Sin embargo, los textos a los que se remiten siempre resultan ser altamente completos y rabiosamente actuales. El libro colma una de las lagunas más difíciles de colmar en cuanto a obras sobre fuentes historiográficas fiables sobre el Tercer Reich y el Nazismo escritas e investigadas sin apasionamientos «por alemanes preferentemente y para alemanes», lejos por tanto de cualquier sombra de sospecha sobre el grado de implicación de los autores con las obras

⁸ Vid. *in extenso* texto de nota anterior sobre Weimar 2005.

⁹ Vid. texto *cit. ut supra* en nota 5.

analizadas; al contrario, podríamos decir que sobre todo Haar y Fahlbusch, al igual que otros muchos historiógrafos en la línea de investigación que inaugurara Götze Aly en Frankfurt/Main hace ya alguna década (y otros investigadores más jóvenes como Ewald Grothe en sus respectivos campos de historiografía constitucional alemana)¹⁰ han centrado honradamente todos sus esfuerzos especialmente en sacar a la luz la verdad de la historia alemana en su proyección de pasado más reciente y oculto; a saber, la del Tercer Reich, el nazismo, y –finalmente– la cesura de 1945 a 1989, en vistas a la reconstrucción realista del pasado alemán, legado histórico para las nuevas generaciones dentro de una nueva Europa Unida finalmente, sin las lacras de etnocentrismos y de sus peores resabios y corrupciones, los genocidios más despiadados.

Libro fundamental tal y como se halla escrito y concebido, directamente en inglés, –que esperamos se traduzca pronto al castellano aparte de al alemán– para que así llegue a otros colectivos más amplios no sólo de investigadores, sino incluso de interesados del gran público. Ahora bien, en modo alguno se trata de un libro de divulgación ni de vulgarización de ideas. Su carácter de científico, objetivo, serio y bien documentado late en todas sus páginas como hasta ahora pocos libros similares han conseguido. No en vano repetimos acaba de conseguir el mayor galardón que conceden los libreros y universidades norteamericanas a la investigación publicada en 2005 en inglés por autores no anglosajones.

Emilio MIKUNDA FRANCO
Universidad de Sevilla

¹⁰ *Vid.* mi recensión sobre el ensayo de Ewald GROTHE: *Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900-1970*, (2005). *Ordnungssysteme. Studien zur Ideengeschichte der Neuzeit*, Vol. 16. (publicada en este mismo número del AFD)

LACEY, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, Oxford, 2004, 422 pp.

Nicola Lacey ha escrito una biografía de H. L. A. Hart (1907-1992) que tiene pretensiones de ser la última palabra sobre la vida del Profesor de Oxford. Ya en 1981 Neil MacCormick había publicado una importante biografía de Hart pero evidentemente Lacey entendió que dicho trabajo podía y debía ser superado. Su propio libro biográfico, sin embargo, no está exento de significativos problemas, aun cuando sean muchas también las luces que aporta.

El libro de Lacey navega a dos aguas. Por un lado tiene los típicos rasgos de una biografía intelectual y la autora confiesa en la Nota Preliminar que su propósito fue realizar una obra de ese género. Lacey explica con claridad las contribuciones de Hart a la filosofía, a la filosofía jurídica y a la filosofía política; y también su enorme influencia en la legalización del aborto y en la desincriminación de la conducta homosexual en Inglaterra y otros países del *Commonwealth*. No sólo eso sino que, cuando lo considera pertinente, la autora muestra los puntos débiles del pensamiento hartiano y las críticas de que fuera blanco. También deja al descubierto, con acierto, la evolución de las teorías de Hart en temas sensibles como la relación entre la obligación moral y la obligación jurídica. Asimismo, revela los principales intercambios de ideas que Hart mantuvo con sus numerosos interlocutores académicos, entre los cuales se cuentan nada menos que J. L. Austin, Fuller, Kelsen y Rawls. Lacey, más conocida en los últimos tiempos por sus trabajos sobre teoría feminista, es profesora de Filosofía del Derecho en la *London School of Economics* y su formación iusfilosófica, que incluye haber sido alumna de Hart en Oxford, sin duda potenció y facilitó su trabajo.

El principal problema es que la autora entremezcla esta historia intelectual con aspectos de la vida del retratado que nada tienen que ver con el itinerario de su pensamiento. Así, abundan las referencias a la familia de Hart, a las relaciones con sus padres y sus hijos –y en particular a su preocupación por la frágil salud de su hijo menor, Jacob–, a la relación con su mujer, Jennifer, y a un sinnúmero de situaciones que pertenecen –o pertenecían, hasta ahora– a la esfera íntima del Profesor de Oxford. Esta navegación a dos aguas, además de distinguir la obra de Lacey de otras célebres biografías intelectuales, puede desconcertar a los lectores que buscan en el libro una exposición de la vida de Hart en función de la evolución de su pensamiento.

Lo señalado precedentemente presenta una dificultad adicional. Hart era un hombre sumamente reservado, como surge del libro de Lacey. Nunca hablaba de cuestiones personales en público y sólo compartía sus intimidades con su familia y sus mejores amigos. ¿Es justo que Lacey haya desnudado toda la vida de una persona tan celosa de su privacidad? Pienso que Hart nunca habría aprobado algo así. Y, como me dijo John Finnis, uno de sus mejores estudiantes, no parece ser excusa que esto ocurra después de su muerte. Otro tanto me transmitió Joseph Raz, el sucesor intelectual de Hart. Y en la misma línea se pronunció el filósofo Tom Nagel quien, en su reseña del libro de Lacey publicada en el *London Review of Books*, llegó a sostener que había sido una pena que Hart no hubiera destruido su diario personal antes de morir.

Sólo se justifica mostrar las intimidades de alguien si se logra establecer una conexión entre aquéllas y las posiciones públicas adoptadas por la perso-

na; pero Lacey no consigue probar esas conexiones de una manera convincente y en la mayoría de los casos ni siquiera lo intenta.

Evidentemente la autora no comparte estas opiniones, aunque expresa en la Nota Preliminar que tuvo sus dilemas éticos al decidir qué cosas incluir, y advierte que algunos lectores pensarán que contó demasiado de la vida privada de Hart. Lo cierto es que su libro revela *todo*, sin piedad alguna; esa piedad que merece toda persona más allá de sus errores y de mis desacuerdos con algunas de sus posiciones. Por ello he preferido no reproducir aquí las múltiples revelaciones que hace Lacey: quien tenga curiosidad puede en todo caso consultar el libro.

Por supuesto que lo que hizo Lacey habría sido imposible sin la ayuda y la complicidad de la viuda de Hart, a quien, sugestivamente, el libro está dedicado. Jenifer Hart, que sobrevivió a su marido 13 años y murió en 2005, tenía una personalidad completamente distinta de la de su cónyuge, abierta y extrovertida, a tal punto que escribió una célebre autobiografía, titulada *Ask Me No More*. Lacey cita a Jenifer Hart diciendo que «la vida es demasiado corta como para optar por ser una persona discreta». Tal vez por eso, puso a disposición de la biógrafa los 19 diarios que llevó Hart a lo largo de su existencia y todas sus cartas. Hay que reconocer, en este sentido que la biografía de Lacey se apoya en un aparato documental formidable, al que se suman más de 40 entrevistas con amigos, colegas y discípulos de Hart. Se trata, sin duda, de un trabajo de gran seriedad y rigor.

Sin perjuicio de ello y, siguiendo el mismo criterio que Hart había adoptado en *El concepto de Derecho*, Lacey no emplea notas al pie sino que agrupa todas las notas al final del libro, señalando la página a la que corresponden. Esto se agradece, especialmente en una biografía, pues libera al lector del agobio que supone la innecesaria compulsión permanente de todas las fuentes, que las notas al pie tienden a facilitar.

Cuando se reseña una biografía parece irresistible la tentación de hacer alusión a algunos rasgos públicos del personaje biografiado que al reseñador le han llamado más la atención. Por ejemplo, llama la atención que Hart haya comenzado su carrera académica recién a los 37 años (aunque con una breve incursión anterior) y publicado su primer artículo cuando ya había cumplido los 40. Esto no deja de ser un consuelo para quienes puedan sentir que empezaron tarde o que ya transcurrió demasiado tiempo para dejar algún tipo de legado: ¿quién puede discutir la huella que dejó Hart en la filosofía jurídica contemporánea?

También conviene señalar que el Profesor de Oxford nunca hizo un doctorado, algo que, de acuerdo con los estándares de hoy, resulta difícil de entender. En la época en que él accedió a la cátedra de Filosofía del Derecho más importante del Reino Unido (1953), sin embargo, era muy común que los grandes profesores no fueran doctores. Ello es un testimonio de que, así como un doctorado no necesariamente prueba nada sobre las calidades académicas de una persona, se puede tenerlas sin el título de doctor. Más sorprendente todavía, Hart nunca estudió Derecho o, mejor dicho, estudió durante un año pero abandonó y nunca dio un examen. Su formación universitaria fue en filosofía, sin perjuicio de lo cual realizó estudios jurídicos en forma autodidacta tiempo más tarde, cuando decidió ejercer la abogacía, algo que hizo exitosamente a lo largo de ocho años.

Hart es mostrado por Lacey como un hombre inseguro y, más aún, torturado por sus inseguridades. Es interesante que ello haya sido compatible con una pluma de claridad sobresaliente y un aplomo de difícil parangón. Tam-

bién es presentado como una persona sumamente desordenada y desprolija. No obstante, estas circunstancias no jugaron en contra de su impecable precisión al escribir ni impidieron que, cada vez que lo necesitaba, encontrara los materiales relevantes para su producción académica.

Por último, destaca como un rasgo significativo el profundo ateísmo de Hart, que ayuda a entender muchas de sus posiciones en materias morales y su actitud frente a la religión.

En suma, Nicola Lacey ha hecho un aporte importante con su extensa biografía. Si el libro hubiera tenido unas páginas menos –las concernientes a aspectos íntimos desconectados del itinerario intelectual de Hart–, estaríamos en presencia de un trabajo mejor y menos objetable.

Santiago LEGARRE
Universidad Austral (Buenos Aires)

LEGARRE, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública. Fundamentos y aplicaciones*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, 297 pp.

A veces nos parece asistir a un diálogo de sordos en los debates contemporáneos sobre la manera de entender las cláusulas que se remiten a la moralidad pública, el orden público, las buenas costumbres, etc., para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones nacionales y por los tratados y otros instrumentos jurídicos internacionales.

Por una parte, no faltan quienes, como Lord Devlin en su debate con H. L. A. Hart sobre la imposición coactiva de la moral, defienden la moral social por el solo hecho de ser mayoritaria. Esta posición, denominada por Hart «populismo moral» para distinguirla de la auténtica exigencia de la democracia como forma civilizada de gobierno, funciona como fuerza reaccionaria contra toda posibilidad de progreso en las buenas costumbres, como si hubiéramos de resignarnos a repetir los errores del pasado. Al mismo tiempo, apenas una mayoría momentánea, frecuentemente manipulada por la propaganda, abraza una causa, el «populismo moral» se queda sin argumentos para defender los auténticos valores morales transmitidos de generación en generación. En el debate Hart vs. Devlin sobre la despenalización de la sodomía consentida entre adultos, por mencionar un ejemplo, el mismo Lord Devlin, que se había opuesto a la idea porque repugnaba a la convicción mayoritaria, terminó firmando una carta colectiva –junto con destacadas personalidades de la cultura, la política y la iglesia inglesa– pidiendo, pocos años después, la mencionada despenalización: los tiempos habían cambiado rápidamente; la opinión mayoritaria había sido sagazmente convencida por la propaganda liberalizadora. Devlin se había quedado sin argumentos.

Por otra parte, a menudo chilla en los oídos de los legisladores y de los jueces la propaganda del relativismo moral, que quiere reducir esas cláusulas a la nada, o, más bien, pretende neutralizar las convicciones morales de los jueces y legisladores para sustituirlas subrepticamente por los juicios éticos de la minoría liberal, frecuentemente apoyada por los medios de comunicación que ella controla eficazmente. Así, por ejemplo, se ha ido reduciendo la actividad de la judicatura para proteger a las víctimas de los abusos de la libertad de expresión; se han eliminado formas de censura necesarias para defender a los niños y jóvenes de la pornografía; se permite abiertamente el reclutamiento de adolescentes por organizaciones de homosexuales, que trabajan a control remoto en los colegios. Se supone, además, que los legisladores y los jueces no pueden intervenir –a pesar de las cláusulas expresas sobre la moralidad pública– porque los han convencido de que quiénes son ellos para decidir lo que es bueno y lo que es malo para los demás.

Una discusión seria sobre asuntos tan importantes debería partir por un conocimiento adecuado de la historia y de los fundamentos filosóficos y jurídicos de esa potestad que desde siempre se ha reconocido a la autoridad para defender la moralidad pública. Si alguien estima que esa potestad ha sido un error histórico y debe abolirse, que ofrezca sus argumentos. Mas es del todo irracional e injusto –sucede, por desgracia, cuando los jueces y los políticos son ignorantes– que, por un par de apelaciones superficiales a una ideología de moda, o por las bravuconadas violentas de los defensores del libertinaje, o por la simple afirmación de la igualdad entre los ciudadanos, casi sin necesidad de argumentos, las autoridades públicas dejen incumplido su deber de

proteger el orden moral público que les ha sido explícitamente confiado por las normas jurídicas positivas y por el derecho natural.

Poder de policía y moralidad pública, de Santiago Legarre, profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Universidad Austral de Buenos Aires, es la obra descriptiva y actualizada que todos los jueces y legisladores deberían leer, si quieren razonar con adecuado conocimiento histórico y jurídico sobre este tema, en lugar de ser esclavos de la última sofística local. La lectura del libro no determinará la cuestión normativa de si un determinado tipo de problema (v. gr., la venta de pornografía infantil o la legalización de la sodomía) ha de resolverse en favor de la restricción de la libertad por ir contra la moralidad pública o en favor de una permisión —o de la tolerancia incluso de algo inmoral— por no verse afectada la esfera pública de la moralidad que al Estado le compete proteger.

Legarre estudia con detalle los conceptos de «poder de policía» y de «moralidad pública» para examinar en qué medida el Estado contemporáneo goza aún, a pesar de la reinterpretación liberal de sus fundamentos operada en las últimas décadas, de la potestad de establecer leyes, reglamentos, etc., que limiten los derechos individuales (la propiedad y la libertad) para proteger la moral pública. Esa potestad se llamaba tradicionalmente «policía», en un sentido más amplio que el que actualmente se da a la palabra para referirse solamente a ese cuerpo de funcionarios autorizados para establecer el orden legal y perseguir la delincuencia, utilizando incluso las armas.

El libro es un ejemplo de buena disposición de la materia y de rigurosa selección de las fuentes. Va de lo más general —los fundamentos históricos, filosóficos y jurídicos— a lo más concreto —las aplicaciones en el derecho constitucional estadounidense y argentino—.

Así, el capítulo I traza los testimonios históricos de la idea de policía en la tradición central del pensamiento político occidental. Va desde la polémica de Aristóteles contra Licofrón, acerca de si la comunidad política es solamente una alianza para la defensa de los derechos individuales —como una alianza de comercio— o más bien una unión de familias y de aldeas para la vida virtuosa, hasta la discusión contemporánea sobre el paternalismo y el principio de daño de J. S. Mill.

La idea de que el fin de las leyes es hacer buenos a los hombres —no solamente permitirles relacionarse en armonía para perseguir cualesquiera fines morales que cada uno se invente—, claramente presente en Aristóteles, es recogida y matizada en la obra de Tomás de Aquino. Legarre repasa las discusiones contemporáneas sobre la interpretación de este autor central, desde los que le atribuyen una postura más *liberal* —la autoridad del Estado es limitada y no se extiende a la plena virtud moral de los ciudadanos— hasta los que, como era tradicional, lo identifican con Aristóteles.

Un apartado especial —importante— se dedica a la transición desde la discusión antigua a la moderna, centrada en la obra de Sir Robert Filmer (*Patriarch*: 1680). Filmer llevó la analogía platónica entre el rey y el padre de familia hasta el extremo de la igualación, yendo más allá de Aristóteles —éste rechazó esa igualación explícitamente—, de manera que en Filmer es clara la defensa de lo que modernamente se ha llamado «paternalismo»: el Estado que protege a los ciudadanos adultos contra el mal moral tal como un padre hace con sus niños. Legarre es consciente de que Filmer va más allá de Aristóteles y de que es arriesgado atribuir «paternalismo» —entendido en el sentido presente en Filmer— al mismo Aristóteles o, sin más, a la tradición central de la ética occidental (cf. pp. 62-9). La posición de Filmer fue eficazmente

criticada por John Locke en su *Primer Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Desde entonces, la discusión –se acepte o no la analogía reino/familia– se hace moderna: tiene que ver no tanto ya con los fines de la autoridad y de la ley como con la dialéctica de los derechos y libertades individuales *versus* el poder del Estado.

La idea de un poder especial para promover la virtud está presente desde la antigüedad; pero no su denominación. El capítulo II expone, pues, los orígenes históricos del término «policía», centrándose en dos de los autores más influyentes en la ciencia jurídica en los siglos XVIII y XIX: Emmerich de Vattel, con su *Derecho de Gentes* (1758), y William Blackstone, con sus *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), juristas tributarios de filósofos como Christian Wolff y Samuel Pufendorf. El estudio histórico permite al profesor Legarre reconstruir un concepto de «policía» –fundado en la analogía rey/padre– como potestad pública que va más allá de la protección de los derechos individuales y de las relaciones de justicia, para promover el bien público en cuanto tal, de manera que «comprende tanto bienes y regulaciones de carácter económico (pesas y medidas, mercados, limitaciones a la propiedad) como otros relacionados con la moral, las buenas costumbres y la salud (prohibición del duelo y la vagancia, regulación de los prostíbulos, el juego y el alcohol)» (p. 85). De todas maneras, aunque la preocupación por la virtud y el ambiente moral sea una parte de la policía del rey como padre de sus súbditos –en este sentido, los autores estudiados son clasificados como «paternalistas»–, De Vattel y Blackstone son más restrictivos que Aristóteles (en la interpretación tradicional que acoge Legarre) y, coincidiendo con Tomás de Aquino como observa Legarre (p. 90), restringen la policía al ámbito de lo público, de por sí limitado (cf. p. 92).

El análisis de las aplicaciones comienza con el capítulo III, sobre el poder de policía en la tradición constitucional norteamericana. Lo que en Europa e Inglaterra había sido llamado «policía» se llamará en Estados Unidos «poder de policía», y quedará en manos de los Estados de la Unión (no, al principio, del Gobierno Federal). En el siglo XIX, los comentaristas de la Constitución y, principalmente, la Corte Suprema, fueron delineando la institución del poder de policía. La expresión «poder de policía» fue acuñada legalmente por el Presidente de la Corte Suprema John Marshall en el *casus classicus Brown v. Maryland* (1827). Se utilizó en un sentido *amplio* para abrazar la soberanía residual de los Estados federados y en un sentido *estricto* para referirse a la potestad de promover la salud, la moral y la seguridad públicas. Esta diferenciación entre un sentido amplio y uno estricto se perfiló entre 1887 y 1936.

Legarre describe la función que jugó el concepto de poder de policía a lo largo del siglo XX. La Corte Suprema de Estados Unidos lo utilizó para abstenerse de invalidar las leyes restrictivas de los derechos individuales en materias muy diversas (*v. gr.*, en materia económica a partir del *New Deal* de F. D. Roosevelt y en materia de moralidad sexual hasta 1965, en que comienza una progresiva restricción de la intervención estatal); pero también, a la inversa, sometió el poder de policía a diversos *tests* de constitucionalidad –Legarre los explica con detalle– para proteger el *debido proceso legal* (Enmienda XIV) o la igualdad ante la ley o la libertad de religión (Primera Enmienda).

Legarre observa que la actitud liberal económica de la Corte de la Era *Lochner* (1905-1934), que invalidó muchas leyes de policía económica para amparar la libertad de contratar bajo el *due process of law* y redujo el poder de policía a la tríada *seguridad, salud y moral pública* (policía en sentido

estricto), parece haberse invertido a partir de los años sesenta del siglo xx, cuando, reconocida la potestad de policía *económica*, el liberalismo *moral* de la Corte echó abajo las leyes contra la anticoncepción (*Griswold vs. Connecticut*: 1965), el aborto (*Roe v. Wade*: 1973) y la sodomía (*Lawrence v. Texas*: 2003). Con sentido común, el autor no deja de observar que el caso del aborto es parcialmente diverso, pues la protección del no nacido no es una exigencia de moralidad pública sino del estricto derecho individual que le asiste a la misma protección contra el homicidio de que gozan los demás seres humanos (cf. p. 128, nota 352).

¿Ha desaparecido, entonces, el poder de policía en sentido estricto, que cubre la moralidad pública, o, al menos, ya no se extiende a la defensa de la moral pública? El capítulo IV se concentra en la moral pública y el poder de policía en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos, dejando de lado los demás temas propios del poder de policía, que no parecen cuestionados por la Corte Suprema (*v.gr.*, no se han invalidado leyes que limiten la libertad por razones de seguridad o de salud públicas, como las que prohíben la venta de productos insalubres). El autor, en efecto, siguiendo esa estructuración que ya hemos destacado, pasa del estudio del género «poder de policía» al estudio de la especie que le interesa: el «poder de policía en materias de moralidad pública» (cf. pp. 135-6). Resalta para comenzar que en los inicios del experimento constitucional norteamericano nadie cuestionaba la inclusión de la legislación moral dentro del objeto del poder de policía. Legarre se basa en los estudios actuales sobre el tema y en testimonios de la época como, aparte de la legislación y la doctrina jurídica, las agudas observaciones de Alexis de Tocqueville en *La Democracia en América* (1835).

A la luz de las pruebas recogidas por Legarre, ampliamente conocidas por los autores contemporáneos que él cita, no se comprende cómo influye todavía en los jueces la propaganda liberal según la cual la libertad religiosa – incluida en la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos – impide el apoyo legal de determinadas convicciones morales, por el solo hecho de que tengan un origen religioso, cuando también cuentan con fundamentos «independientes y escindibles de toda consideración religiosa» (p. 139). El origen religioso de la moral jurídicamente protegida «constituye una mera contingencia histórica, prescindible a los efectos de su justificación ética y que no debería repercutir en su validez constitucional» (*ibidem*).

Las *morals laws* que, como cosa obvia, se incluían en el poder de policía, regulaban tres tipos de prácticas: el juego, las bebidas alcohólicas y la inmoralidad sexual. Naturalmente, siguiendo la doctrina explicada en los primeros capítulos, «la legislación reguladora se siguió concentrando en las dimensiones públicas de la conducta humana» (p. 148). Legarre muestra más adelante las dificultades para distinguir entre lo que afecta a la moral pública y lo que permanece en el fuero íntimo, así como los medios empleados para trazar la distinción en los casos judiciales, que van desde la consideración del lugar hasta la del impacto consiguiente de las acciones o su nivel de transmisión informativa. En todo caso, hasta los años sesenta de siglo xx no se puso en duda la potestad estatal para trazar esa distinción, siempre que no se afectaran los derechos constitucionales. Sí que hubo un desarrollo constitucional al aumentar el poder de policía reconocido al gobierno federal, en desmedro de la interpretación original del poder de policía como poder residual de los Estados federados.

La Corte Moderna –esto es, a partir de los años sesenta del siglo xx– no derogó el principio del poder de policía sobre materias morales. «Sin embar-

go, fueron tantas las veces en que la Corte volteó normas locales para prevenir lo que según su criterio constituían violaciones de la libertad de expresión, la privacidad y otros derechos fundamentales, que la autoridad reconocida a los estados en los papeles quedó severamente devaluada en la práctica» (pp. 151-2). La discusión que emerge a partir de la revolución de los derechos versa sobre si realmente subsiste ese poder de policía en materia moral cuando afecta derechos fundamentales y cuando afecta derechos que no son fundamentales, según la clasificación estadounidense.

Santiago Legarre decide abordar el problema de la subsistencia de la policía moral en el capítulo V. No acude a una argumentación dogmática abstracta ni al estudio inabarcable de todas las áreas de la legislación moral, sino al análisis inductivo de un tipo de casos relacionados con la libertad de expresión, derecho fundamental protegido por la Primera Enmienda. El método elegido es brillante porque la Primera Enmienda protege derechos fundamentales y triunfa *en principio* sobre las leyes que violen esos derechos fundamentales, y, además, porque la libertad de expresión ha ocupado un lugar estratégico en la lucha de los activistas liberales contra la moral pública. En consecuencia, *a maiore ad minus*, si incluso en estos casos la Corte reconoce la existencia del poder de policía, es claro que subsiste en los otros, menos controvertidos.

En *Barnes v. Glen Theatre* (1991) y *City of Erie v. Pap's* (2000) se cuestionaban leyes estatales que establecían restricciones al baile desnudo en «teatros para adultos». En Estados Unidos son corrientemente aceptadas las limitaciones de lugar y de público –¡nunca tan liberales!–, pero las normas cuestionadas regulaban el extremo al que podía llegar la desnudez: las bailarinas debían usar al menos una minúscula tanga abajo y «tapitas» arriba. Los negociantes del cuerpo femenino recurrieron ante los tribunales, que se vieron obligados a refinar sus argumentos para convalidar la ley tanto en *Barnes* como en *City of Erie*, si bien por razones que, en el último caso, parecen debilitar el poder de policía para proteger la moralidad pública. Legarre examina los casos con un detalle que no es necesario reproducir aquí –quizás sería inconveniente–, mostrando la técnica propia del razonamiento jurídico en los tribunales estadounidenses, algo de interés adicional para los jueces latinos.

Legarre sostiene con buenos argumentos –citas textuales de *Barnes* y la ausencia de revocación expresa de la doctrina en el caso *City of Erie*– que la Corte Suprema sigue reconociendo el poder de policía sobre la moralidad pública, aunque varíe la extensión de lo que se interpreta como obsceno (la obscenidad no está protegida por la Primera Enmienda) y de lo que se estima que, por no ser obsceno, está protegido por la libertad de expresión, pero que admite regulaciones por exigencias imposterables de la moralidad pública.

Un capítulo complementario trata la problemática argentina, recorriendo tanto la doctrina como la jurisprudencia más importante –cuyas fluctuaciones o incoherencias el autor critica– y relacionándola también con los fundamentos de filosofía moral y política que apoyan la institución.

La obra es fundamentalmente descriptiva. No se pronuncia acerca de la extensión que debe tener el poder de policía. Tampoco tiene por fin defender el concepto jurídico de moralidad pública ni su concreción histórica. Sin embargo, el autor reconoce que su obra, por la necesaria imbricación entre valoración y descripción en las ciencias sociales y especialmente en el estudio del derecho, no pretende enmascararse en una pretendida neutra-

lidad valorativa (cf. p. 231). Por eso me atrevo a añadir que, además de aportar datos históricos, jurídicos y dogmáticos descriptivos, que cualquier discusión seria de estos problemas exige, *Poder de policía y moralidad pública* se inserta muy bien en el nuevo y progresivo movimiento jurídico de lucha por el derecho natural en defensa del bien común y de la ética natural, tan amenazados por los desvaríos expansivos del liberalismo político contemporáneo.

Cristóbal ORREGO
Universidad de Los Andes (Chile)

MACKLEM, T., *Beyond Comparison. Sex and Discrimination*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 212 pp.

La igualdad sigue siendo uno de los temas estrella de la literatura jurídica. Con el Proyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres (2006) vuelve a plantearse una cuestión controvertida que no acaba de encontrar una solución jurídica satisfactoria, capaz de acometer la solución a problemas sociales graves, arrastrados desde tiempo inmemorial y, por desgracia, todavía pendientes en un sistema supuestamente libre, igualitario y democrático.

Esta obra no plantea el clásico problema de la definición de la igualdad en su doble dimensión formal y material. Para ello ya existen importantes escritos que enfatizan la compatibilidad y la continuidad entre ambas vertientes¹. Su autor prefiere hablar desde una perspectiva distinta, y distingue igualdad en términos de comparación entre hombres y mujeres e igualdad en torno a lo que significa ser «mujer». Intenta colocarse, así, en la posición de la mujer respecto a un concepto que ha sido configurado casi exclusivamente por hombres.

Tanto la igualdad formal (igualdad ante la ley) como la igualdad material (entendida como igualdad en los resultados) han sido definidas desde una perspectiva unilateral que poco a poco, gracias a las luchas feministas, se ha ido readaptando a las reivindicaciones femeninas. Ya son de sobra conocidos los problemas de la igualdad formal como generalización y abstracción. En sus inicios, este tipo de igualdad no tuvo en cuenta las diferencias y finalmente se tradujo en la «exclusión» de amplios colectivos, entre ellos las mujeres, socialmente beneficiarias de un estatus subordinado que las relegaba a la vida privada familiar y las sustruía de la esfera pública². No obstante, son menos conocidos los estudios que también critican la actual definición de «igualdad material». La igualdad sustancial o material puede comprenderse no como igualdad de oportunidades sino como igualdad en los resultados, es decir, aquella que reconduce todos los esfuerzos político-jurídicos a conseguir que de término todos dispongan de una igualdad calidad de vida o «vida digna» o, por utilizar la expresión de Macklem, una «vida exitosa» (*successful life*). La complicación se presenta al determinar qué ha de considerarse por esa «vida» o, si se prefiere, por esos «resultados».

En la literatura jurídica internacional de países como EEUU, Canadá, Suecia u Holanda se ha suscitado en las últimas décadas un importante debate sobre la manera más adecuada de equiparar hombres y mujeres en nuestros sistemas jurídico-políticos. Se ha hablado de igualdad como equiparación, pero sobre todo de igualdad como diferenciación. No obstante, en ocasiones, el discurso de la «diferencia» ha llevado paradójicamente a resultados insatisfactorios en términos de igualdad, porque la diferencia siempre se establece comparativamente, esto es, la mujer sólo se define de forma negativa respecto al hombre. La mujer es lo que *no es* el hombre. Por esta razón se sigue argumentando que la mujer está no solamente social sino también físicamente con-

¹ Uno de los últimos en España es el de PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, ed. a cargo de R. González-Tablas Sastre, Dykinson, 2005.

² Vid. sobre esto MOTIEJUNAITE, J., *Women's right: The public/private Dichotomy*, International Debate Education Association, New York, 2005.

dicionada a la vida familiar, al cuidado de los hijos. La mujer es distinta y por eso se desinteresa de la vida pública. Macklem denuncia la relación entre «diferencia» y «dominación» y la manera en que se define lo que es una vida exitosa³. En varios capítulos explica comparativamente, y con planteamiento ciertamente audaz, las posiciones de MacKinnon, Gilligan y Cornell⁴. Concluye que la discriminación sexual se origina al partir de un erróneo entendimiento de la identidad sexual (p. 117). No podemos reducir la cuestión de la igualdad a concretar qué diferencias son relevantes, pues esto sólo consigue privilegiar lo que ya está definido en la sociedad como vida digna, esto es, lo que el sexo masculino entiende que es *vida digna*. Por eso ha de rechazarse la concepción actual de las diferencias sexuales y afirmar la igualdad sexual en su lugar (p. 134).

En definitiva, para Macklem debe reconstruirse «positivamente» el concepto de «mujer», sin dejarse llevar por las diferencias, aún aquellas físicas, ni tampoco por concepciones sobre una posible «doble vida» de las mujeres que no es más que una conservación/ adaptación falsa y forzada de la mujer a su papel tradicional y al papel que se considera todavía como propio del hombre. El Proyecto de ley del que se ha hablado con anterioridad, quizás caiga (sustrayendo algunos pequeños intentos) en este error, pues no se ha redefinido el papel del hombre, no se ha integrado correctamente al hombre en la esfera privada. Subsiste un estereotipo de mujer cuya identidad es duplicada a partir de lo que se reconoce propio del sujeto masculino. No existe aún sujeto femenino sino otra «categoría» de sujeto masculino⁵. Todavía la mujer se ve forzada a asumir el rol principal en la esfera familiar y, además, introducirse en la vida pública para poder desarrollarse como ser humano. Claro que en la mayoría de las veces consigue este propósito únicamente de manera parcial, cuando no lo abandona por imposible.

Cristina MONEREO ATIENZA
Universidad de Málaga

³ Vid. también FELICE, W. F., *The Global New Deal. Economical and Social Human Rights in World Politics*, Lanham Md.: Rowman and Littlefield, New York, 2003, p. 163. Vid. también BAINES, B., RUBIO-MARÍN, R., *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 14 ss.

⁴ Vid. al respecto, entre otros, los trabajos MACKINNON, C., *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987; GILLIGAN, C., *In a Different Voice*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982; CORNELL, D., *Feminism as Critique: on the Politics of Gender*, University of Minnesota Press, Minnesota, 1987. Sus obras más recientes en este tema son MACKINNON, C., *Are Women Human?: and Other International Dialogue*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; GILLIGAN, C., *The Birth of Pleasure*, Alfred A. Knop: distributed by Random House, New York, 2002; CORNELL, D., *Between women and generation: legacies of dignity*, Palgrave, New York, 2002.

⁵ Vid. en este sentido CALVO GONZÁLEZ, J., «Doce preludios a la Filosofía jurídica y política del siglo XXI», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XVII (2000), p. 424.

OLLERO TASSARA, Andrés, *Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista*. Eunsa, Pamplona 2005, 226 pp.

Bajo tan llamativo, y provocador título, el profesor Ollero ha reunido ocho trabajos que vieron la luz a lo largo de un dilatado período, –diecisiete años–, en los que disfrutó de la «envidiable experiencia» de llevar a cabo una actividad parlamentaria y política sin perder contacto con la actividad académica. Y en efecto, tan «anfibia» condición de filósofo del derecho y político en ejercicio, así como sus convicciones religiosas, católicas, tienen fiel reflejo no sólo en dichos trabajos sino también en los dos apartados bajo los que, con cierto desequilibrio cuantitativo, los agrupa.

Desde luego, el autor es plenamente consciente de lo provocador de su propuesta y ello hasta el punto de dedicar unas páginas introductorias, –con el mismo título del libro, *Derecho a la verdad*–, a dejar meridianamente claro el hilo conductor de los ocho trabajos. Y así, tras constatar la «inflación de derechos» característica, al parecer, de nuestra época, se asombra de que no se haya aún esgrimido el reconocimiento de un derecho a la verdad, aventurando al respecto la hipótesis de que quizás ello se deba a una presunta incompatibilidad entre libertad y verdad. Frente a quienes defienden que existe una «verdad del hombre», que permite calificar como inhumanos determinados comportamientos e incluso fundamentar los derechos humanos, estarían aquéllos para quienes toda apelación a «la verdad» aboca a un autoritarismo negador de la libertad: la verdad, en todo caso, vendría determinada por la mayoría o sería variable según los diversos equilibrios políticos.

Esta última postura resulta ser, al parecer, la consagrada en nuestro «politeísta altar civil», –el artículo 1.1 de la Constitución–, que ciertamente no incluye, expresamente, la verdad entre los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, según el autor, la verdad «encontraría acogida» tanto en el valor «pluralismo político» como en el valor «justicia». Aquél, el pluralismo político, implicaría la verdad en la medida en que es procedimental y metodológico. Y, así, al exigir que sean plurales las vías para configurar soluciones «razonables» en aras de objetivos razonables, resulta obvio que esos objetivos, que condicionan el procedimiento, no pueden recibir tal calificativo, «razonables», a partir del procedimiento mismo, con lo cual la verdad entraría en juego revestida de imperativo práctico. Se articula un procedimiento que salve tanto del autoritarismo de la verdad impuesta por un iluminado cuanto de la paralizante perplejidad de una sociedad relativista: un hombre, una verdad...

El valor justicia, por su parte, también acogería el valor «verdad» en la medida en que, una vez diseñadas razonablemente las vías del pluralismo político, no todo resultado obtenido a través de ellas habría de ser considerado razonable. Si una ley, elaborada de acuerdo al procedimiento, afecta al contenido esencial de un derecho, en virtud del artículo 53.1 de la Constitución, se verá anulada por irrazonable. La justicia no se entendería, pues, sin la verdad y el presunto dilema entre libertad y verdad resultaría «caprichoso».

Así las cosas, la libertad merece protección jurídica y cobra legitimidad política en la medida, en que a través de los obligados vericuetos de la práctica enlaza con lo verdadero. El reconocimiento de la verdad y de su razonable argumentación en contextos prácticos, lejos de convertirse en una amenaza, fundamentaría la exigencia de cauces para poder buscarla con libertad. Habría llegado, pues, el momento de ejercer el derecho a la verdad. Un ejer-

cicio que, si ciertamente supone una contemplación teórica, no se limita a ella, sino que exige la acción. Exige *Hacer realidad la verdad del hombre*, por decirlo con el rótulo que agrupa los seis primeros capítulos del libro.

Y, en efecto, el primero de esos capítulos, *Expertos en humanidad. Convicciones religiosas y democracia pluralista.*, tras caracterizar, siguiendo el magisterio de los últimos pontífices, a los ciudadanos católicos como tales, como «expertos en humanidad», les invita a redefinir el desarrollo ante la «contundente» quiebra económica, cultural y ética del progresismo. Esa redefinición, –entendida como una suerte de «ecologismo moral» que resalte «la evidencia de que, ante la naturaleza visible, estamos sometidos a leyes no sólo biológicas, sino también morales cuya trasgresión no queda impune»–, exigiría de tales «expertos en humanidad» dejar de considerarse «embajadores de ultratumba», «perdedores natos» o «extranjeros en la democracia « y pasar a adoptar una incesante actitud crítica, apuntando a una mejora de los niveles de humanidad alcanzados por nuestra convivencia social y contribuyendo así, por cierto, a recuperar la «esencia» de la democracia.

La apelación a esa actitud crítico-constructiva informa también el capítulo segundo, *Derechos humanos: Cuatro preguntas para expertos en humanidad*. Y así, los «expertos en humanidad» no sólo tendrían que dejar de considerar tales derechos humanos como un «invento ajeno» sino que, por lo mismo, habrían de atender las cuestiones que, pese a la aparente unanimidad, subyacen al tema. La cuestión filosófica de cuál es el fundamento de los derechos humanos; la filosófico-jurídica de si son meras exhortaciones morales o encierran exigencias propiamente jurídicas; la propiamente jurídica de si basta con su reconocimiento formal para que se garantice su protección; la política de qué vías concretas cabe utilizar para hacer más efectiva esa garantía y, finalmente, la religiosa de qué responsabilidad compete a los cristianos a la hora de llevar a cabo esa garantía y defensa de los derechos humanos.

El capítulo tercero, *Tolerancia y verdad*, no sólo es el más extenso del libro sino también el de mayor enjundia filosófico-jurídica. En él, con la misma actitud crítico-constructiva ya mencionada, reflexiona sobre los dilemas, tópicos y paradojas que se dan cita en un concepto aparentemente tan pacífico. Y así comienza por plantear cuatro dilemas que hoy suelen pasar inadvertidos: la querencia anti-autoritaria de la tolerancia que tiende a contraponer conciencia y norma; la sinonimia entre tolerancia y progreso que tiende a relegar la tradición por inmovilista y a convertir cualquier opinión progresista en *autorizada*; la vinculación entre tolerancia y crítica que exige el destierro de cualquier dogma indiscutible y, finalmente, la vinculación de la tolerancia con la secularización de modo que las condiciones de creyente y ciudadano aparecen como contrapuestas.

Dado que el juego de tales dilemas parece abocar a una visión «trucada» de la tolerancia, el autor se plantea si cabe realmente, *de verdad*, ser tolerantes o si por el contrario la tolerancia exige como condición previa liberarse de la verdad. La conclusión, tras un detallado análisis de los elementos clásicos de la tolerancia, es la de que, lejos de descartar previos conceptos objetivos de lo verdadero y lo bueno, la tolerancia los exige, con lo cual resulta incompatible tanto con el escepticismo como con el no-cognoscitivismos.

Yendo un paso más en la argumentación, resultaría que con ello no sólo se desmonta el «tópico democrático» de que en el ámbito público «nada es verdad ni mentira», sino también el que identifica democracia con la voluntad de la mayoría. Y así, jugando de nuevo con los elementos clásicos del concepto, se sigue que, dentro del dualismo político mayoría-minoría, la

tolerancia consistirá precisamente en dar paso con carácter excepcional a una actitud minoritaria a la que en rigor no se reconoce derecho alguno a exigir ese trato. Con todo lo cual aparece una doble limitación a esa identificación de democracia y mayoría: de una parte, la subordinación de cualquier planteamiento mayoritario al respeto de los derechos fundamentales, de otra la invitación a la apertura de vías de excepción en beneficio de las actitudes minoritarias.

Así las cosas, la libertad aparece como «método de aplicación de la verdad». Para evitar cualquier asomo de fundamentalismo, «la verdad no se impone sino por su fuerza misma», reconociendo siempre la «trascendental dignidad de la persona» y asumiendo, además que, en cuanto práctica, se trata de una *verdad por hacer* que cobra sentido en una circunstancia histórica y problemática determinada y que, por ello mismo, invita «prudentemente» a una argumentación siempre atenta al parecer ajeno. Cada cual debe aportar sus convicciones sin que nadie pueda arrogarse legitimación alguna para dar paso a prácticas inquisitoriales, bien para imponer al modo integrista determinadas convicciones religiosas, bien para excluirlas amparándose en una trucada neutralidad laicista. La tolerancia exige proponer la verdad que está por hacer, renunciando a imponerla.

Parecidas cuestiones son tratadas en el capítulo cuarto *Verdad y consenso democrático*. Y así se plantea el tema de si la democracia y la verdad están en una relación inevitablemente problemática o si el problema surge como consecuencia del empeño de determinados credos religiosos por seguir incidiendo en la vida pública. Ante lo cual, —tras dejar sentado que no es lo mismo un relativismo débil que lleva consigo el plural acceso cognoscitivo a la verdad que el relativismo fuerte que lo reduce todo a discrepancia de voluntades porque no hay verdad alguna que pueda hacerlas confluír ejerciendo la razón—, acaba por sostener que la democracia moderna no plantea en absoluto una «ineludible liberación de la verdad».

Y en efecto, la democracia moderna se apoyaría en «la gran verdad cuya conclusión obligada es la dignidad humana». Una dignidad considerada «realidad objetiva» y de la que se deriva la exigencia de que nadie debe ver condicionada en el ámbito político su libertad por norma alguna en cuya elaboración no haya colaborado: la exigencia de auto/obediencia.

Más aún, partiendo de que nadie pone en duda el parentesco entre democracia y consenso, habría de seguirse que tal búsqueda de consenso no implica negar la verdad sino admitir que, «pese a mis buenos deseos», puedo equivocarme al intentar captarla. La negación de la verdad, por el contrario, sí que imposibilitaría todo consenso (confluencia de esfuerzos racionales) reduciéndolo al mero compromiso (equilibrio entre voluntades arbitrarias).

Por lo mismo, la vinculación de la democracia moderna a la opinión, tampoco la contrapondría a la verdad sino que tal opinión ha de entenderse como propuesta que —consciente de lo limitado de su captación de la verdad— busca el complemento de otras. Lo que no supone, en absoluto, que se considere que dos opiniones sean más verdad que una, sino más bien la confianza en que el número de las que confluyen aumente las probabilidades de acercarse a ella. De ahí derivaría el respeto a las minorías, pues no se descarta que en la opinión minoritaria esté latiendo una verdad reconocible en el futuro.

Dado que no hay, según lo dicho, incompatibilidad entre democracia y verdad, quizás el problema habría de circunscribirse a la relación entre democracia y verdad religiosa, «verdad revelada», tal y como más arriba se apuntó. Ante lo cual el autor sostiene que habría, al menos, tres puntos de «flexión»

que permitirían articular la revelación sobrenatural de contenidos naturalmente cognoscible y la autonomía de lo temporal. El primero de ellos, precisando el alcance de la expresión misma «verdad revelada» de modo que tal verdad sea revelada por ser verdad y no al contrario, verdad en cuanto que revelada. El segundo, rechazando el voluntarismo divino positivo que suele servir de cobertura a las actitudes fundamentalistas y reconociendo consecuentemente un derecho natural, que, en términos occamistas, descarte la potencia absoluta divina para admitir una potencia divina ordenada: «algo revelado es bueno y justo no porque Dios lo quiera sino que lo quiere porque es bueno y justo».

Finalmente y como punto decisivo de flexión, el modo mismo de entender la relación entre verdad y libertad. Y así para salvar la casi obligada consecuencia de negar la libertad en nombre de la verdad habría dos salvedades teóricas: el papel reconocido a la conciencia como sede del encuentro con la verdad, de una parte, de modo que no cabe imposición alguna sino la persuasión o la búsqueda libre y, de otra parte, el reconocimiento del carácter práctico de aquella verdad revelada. Una *verdad por hacer* que se ofrece, pues, no para «someternos a su aceptación pasiva» sino para «animarnos a experimentar la solución práctica más verdadera para un problema concreto». Ni que decir tiene que ello supone revalorizar el papel de la prudencia entendida simultáneamente como captación y despliegue razonado de una verdad práctica que dé paso a una auténtica sociedad abierta, caracterizada por la apertura a la búsqueda de la verdad, dado que ningún ciudadano puede comportarse como si fuera propietario de ella.

El capítulo quinto *Religiones y solidaridad*, comienza planteando si efectivamente tiene sentido hablar de la religión como factor de solidaridad toda vez que habría, al menos, seis tópicos que la consideran como factor perturbador cuando se hace presente en el ámbito de lo público. Frente a tales tópicos el autor plantea las correspondientes «claves para un replanteamiento»: Y así, ante la crítica desde exigencias emanadas de la racionalidad científica, según las cuales hablar de religión obligaría a suscribir dogmatismos, incompatibles con una actitud de tolerancia que exigiría una actitud relativista, el autor contra-argumenta aduciendo la inviabilidad del relativismo toda vez que la convivencia resultaría imposible si no se admite la existencia de unos elementos objetivos dignos de respeto. Frente a las tesis comtianas que sitúan lo teológico en la infancia de la humanidad, aduce que la mentalidad positivista ha llevado a una paradójica reducción de nuestras capacidades racionales y que el propio Comte en sus escritos finales acabó elaborando un santoral laico... Frente a la conocida crítica marxista de la religión como opio del pueblo, aduce la condición de la religión como *diaconía*, como servicio a los demás, lejos de cualquier liturgia opiácea...

Frente al tópico de peligro de fundamentalismo, presuntamente inseparable de lo religioso y que perturbaría necesariamente el necesario diálogo pluralista de una sociedad abierta, trae a colación las constituciones de la postguerra europea que abandonan el relativismo y asumen la distinción entre moral y derecho; esto es, la idea de que no todo lo que es moralmente obligatorio puede ni debe ser jurídicamente exigible. Frente al tópico, según el cual, desde una perspectiva «democrática» habría de defenderse el laicismo como obligada expresión de neutralidad estatal respecto a las confesiones religiosas aduce el reconocimiento expreso que nuestra Constitución hace de la religión como valor público. Finalmente, ante el tópico, también desde la democracia, que critica la presencia de la religión en el ámbito público basándose

en que la defensa de los derechos humanos –hoy núcleo esencial de nuestra vida pública– surge precisamente del intento de remediar conflictos de religión, el autor aduce el horizonte multicultural al que nos acercamos y que nos llevará probablemente a suscribir determinadas creencias comunes, como la defensa de los valores humanos, precisamente desde diversas convicciones religiosas.

El capítulo sexto, *Paz: Una utopía que exige juventud*, parte del convencimiento de que falta un fundamento adecuado para llegar eficazmente a conseguir la paz. Y así dado el «envejecimiento» de la tradición de pensamiento heredera de la Ilustración que llegó a alimentar una excesiva fe en la razón para acabar con los problemas humanos, nos encontraríamos, hoy por hoy, ante fundamentos que llevan en realidad a «caricaturas de la paz». De una parte, el irenismo, la idea de paz como pura pasividad, según la cual, la paz consistiría en no crear problemas, con lo que, *a contrario*, no se llegaría a la paz sino a facilitar la victoria a posturas no sólo ajenas sino contrarias a ella. De otra, el relativismo, cuya aceptación sería condición indispensable para que pueda mantenerse la paz, pero que, por lo mismo, llevaría a «la tiranía del vacío». Finalmente, el progresismo que al pretender que toda situación en la que se está es mejor que la anterior «por el mero hecho de ser posterior», conduciría, en realidad, a una trivialización injusta del pasado y del presente.

Frente a tales fundamentos, el autor reivindica una alternativa que exige tres condiciones para que realmente se lleve a cabo una opción práctica y efectiva por la paz. La primera, acompañar el sentido crítico teórico con la práctica. La segunda, la combinación de la democracia formal con una ética material, huyendo del recelo ante quien tiene respuestas, pues una sociedad sin respuestas al estar educada en el recelo hacia ellas, se convierte inevitablemente en una sociedad irresponsable, incapaz de responder. Por fin habría que esforzarse por desactivar la «ideología del vacío», excluyendo la violencia como presunta vía de solución de los problemas humanos y devolviendo el juicio a una sociedad que lo ha perdido porque no se atreve a juzgar ya que ello exige partir de la convicción de que hay algo verdadero y algo falso.

Los dos últimos capítulos del libro agrupados bajo el rótulo *¿Políticos de verdad?*, vuelven sobre temas ya tratados si bien primando la parte política de la anfibia condición del autor. Y así el primero de ellos, *Convicciones personales y actividad legislativa*, vuelve sobre el tema de las convicciones personales, ahora en relación al hombre público a quien un artificioso imperativo categórico impediría acudir a sus propias convicciones a la hora de abordar problemas de inevitable repercusión social. Tras examinar las razones en las que pretende apoyarse tal propuesta, –abismo entre ética pública y privada, prohibición del mandato imperativo, listas cerradas, los programas electorales, dos racionalidades...–, acaba concluyendo que la regulación de las cuestiones básicas de la vida social obliga a un continuo planteamiento de problemas de conciencia. Y así, la democracia, en cuanto tarea siempre por hacer, vinculada a la incansable aspiración a garantizar y llevar a cumplimiento los derechos de los ciudadanos, exigiría desde luego aportar las propias convicciones.

En el último capítulo, *El parlamentario en el sistema político español*, se analizan los cambios registrados en la función del Poder Legislativo en las sociedades actuales. Y así, frente al modelo originario de sociedad de ilustrados ciudadanos pensantes, capaces de configurar una definida opinión pública, y de representantes libremente elegidos que asumían la responsabilidad de convertir aquel planteamiento en normas legales condicionadoras del

poder ejecutivo, hoy, por el contrario, sería el ejecutivo el que impone a la sociedad todo tipo de normas, disponiendo además, con frecuencia, de medios capaces de configurar una opinión pública adecuada para aportar a tales normas en el momento oportuno el respaldo social que precisan para gozar de legitimación.

Ante tal estado de cosas, y tras analizar la inevitable opción entre el protagonismo de los parlamentarios o el de los partidos, la cuestión de las listas cerradas y la disciplina de partido, así como el fenómeno del transfuguismo político, el autor acaba reivindicando para el político la asunción de un «canon de visibilidad» que le obligue a comportarse de forma tal que sus actos puedan en cualquier momento ser del dominio público, sometándose en consecuencia al peculiar código de valores socialmente vigente. Un canon de visibilidad del que no habría razón para eximir a los partidos y a los medios de comunicación, dada su incidencia práctica en el modelo originario de legitimación del Poder Legislativo antes aludido y al que ciertamente se ha sometido, y sigue sometándose, el profesor Ollero, filósofo del derecho y político, con tan sugestiva y provocadora propuesta. Una propuesta, que, a buen seguro, no dejará de interesar incluso a quienes no comparten sus convicciones personales.

Aurelio DE PRADA GARCÍA
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

PICONTÓ NOVALES, Teresa, *Hermenéutica, argumentación y justicia en Paul Ricoeur*, Dykinson, Madrid, 2005, 355 pp.

En el marco de la «colección derechos humanos y filosofía del derecho», en cuyo consejo asesor la editorial Dykinson cuenta con un grupo destacado de iusfilósofos españoles, la profesora de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza, Teresa Picontó Novales, nos presenta su excelente obra sobre el filósofo francés, recientemente fallecido (2005), Paul Ricoeur; *Hermenéutica, argumentación y justicia en Paul Ricoeur*. Es una buena noticia el que una colección auspiciada por filósofos del derecho se abra a la publicación de una obra sobre un «no filósofo del Derecho de profesión». Claro está que el mérito principal se debe al arduo trabajo de Teresa Picontó que, ella sí, siendo filósofa del Derecho de profesión, ha dedicado un tiempo importante al estudio de toda la obra de Paul Ricoeur, incluidos los textos que el profesor francés dedicó al final de su vida a muchos de los temas más actuales de la Filosofía del Derecho, es decir; la teoría de la justicia, la teoría de la argumentación y la interpretación del Derecho, principalmente. La obra de Teresa Picontó se divide en cuatro capítulos principales, precedidos por una presentación de la autora que, junto con el prólogo de José Luis Rodríguez García, cumplen muy bien la función de adentrar al lector en el universo intelectual (la obra) y vital (la Francia filosófica de la segunda posguerra) de Paul Ricoeur. Después de leer la presentación y el prólogo, se entiende perfectamente la estructura de los capítulos. Es así como cada capítulo nos adentra en la manera en que sucede el *encuentro* del filósofo con los problemas teóricos a los que, tanto el tenor de su obra como su propia experiencia vital, irremediablemente le abocaban.

I. *En el primer capítulo (Paul Ricoeur: un itinerario filosófico)*, el autor de *Philosophie de la volonté, Finitude et culpabilité, La Métaphore vive* o *Soi-même comme un autre*, acude al *encuentro* con su «propia obra» de la mano de Teresa Picontó. Se nos presenta así un completo itinerario intelectual de Ricoeur, conjuntamente con algunas notas biográficas, como el conocido suceso de su salida de la vida universitaria francesa de los «maestros pensadores» y su buena acogida en las universidades norteamericanas. Este capítulo muestra el conocimiento extraordinario que Teresa Picontó tiene del conjunto de la obra de Ricoeur. Sólo así se entiende que podamos leer en pocas páginas una exposición, concisa y rica a la vez, de los temas principales que van produciendo al filósofo Ricoeur. El itinerario nos convence de que la trayectoria filosófica de Ricoeur tiene un hilo conductor que se extiende, a través de una «vía narrativa larga» como su propia vida; a) desde sus primeras preocupaciones por el lenguaje simbólico (primitivo y religioso, pero también poético y polisémico) y metafórico; b) pasando por la objetivación interpretativa del símbolo y la metáfora por el texto narrativo (momento en que la hermenéutica asienta su tesis de la historia como lenguaje, pero que, *prima facie*, al tratar de explicar estos primeros lenguajes, ha de estar continuamente atenta contra la formalización del carácter creativo-lingüístico que lo simbólico y lo metafórico llevan dentro); c) hasta sus últimas preocupaciones por la moral y el Derecho. Y ese «hilo conductor» siempre ha consistido en evitar una lectura estructural y meramente expositiva de la escritura narrativa, lo simbólico y lo metafórico, desplazando Ricoeur, tanto a la escritura como a la lectura, hacia una relación de reinterpretación que cualquier lector hace desde su mundo vital (precomprensión) del mundo

(o los mundos significativos) que el texto lleva objetivamente dentro de sí. Y ello debido a que «todo texto» logra independizarse históricamente de su autor por el impacto de la acumulación de la tradición interpretativa.

La hermenéutica de Ricoeur, por lo tanto, pretende ser una «hermenéutica viva», realmente, en palabras del autor, una «fenomenología hermenéutica» que; por un lado, se hace fenomenología, al distinguir entre objeto (texto) y sujeto (intérprete), pero que, por otro lado, como reitera en numerosas ocasiones Teresa Picontó, permite el «anclaje ontológico» de la distinción fenomenológica sujeto/objeto, por medio de una dialéctica que une, sin confundir, al sujeto con el mundo del texto y al texto (objeto) con el mundo del sujeto lector actual del texto. Se obtiene así, no la relación alienante sujeto/objeto, sino «un sí mismo como otro», es decir, el Ser (o la ascesis ontológico-vitalista con que el historicismo moderno nombra al Ser en su finitud; el Ser-ahí). Que, por último, Ricoeur se ocupe en su obra tardía por los problemas prácticos que el «Ser-ahí» plantea, es decir, el obrar ético y el proceder de los operadores jurídicos (singularmente el Juez), no hace sino confirmar que las primeras preocupaciones de Ricoeur, respecto de una filosofía del lenguaje que no «olvide al Ser» (Heidegger), están también presentes en su teoría moral y de la justicia y en su visión de la tarea judicial.

Así es. Tanto el símbolo como la metáfora, nos dice Teresa Picontó, cobran sentido para Ricoeur en cuanto dejan de ser tratados como meros signos (estructuras significantes) y se consideran como «textos completos» que encierran «mundos reales-imaginados», sólo comprensibles a través de la interpretación del sentido de la tensión creativa que, símbolo y metáfora, producen con sus distorsiones de la relación signo/significado. Es decir, también lo simbólico y lo metafórico se refieren a la realidad y al tiempo. Por lo que hace al sentido opaco y contingente del símbolo, Teresa Picontó señala que la reflexión hermenéutica de Ricoeur trata de: «la desvelación que coincide con el momento histórico del olvido y la restauración, puesto que donde hay lenguaje simbólico hay hermenéutica restauradora del sentido olvidado» (p. 66). Es cierto que estamos más acostumbrados a leer esta referencia a la realidad en la forma más clara de la trama narrativa, expresamente larga, del relato o la novela. Pero, *tiempo y relato*, además de ser el título de una de las obras más importantes de Ricoeur, expresa también de forma gráfica esa «vía larga» del Ser-ahí, por la cual, símbolo, metáfora y relato se refieren para Ricoeur, cada una a su modo, al «carácter temporal de la experiencia» (p. 77). El hecho de que el «relato», debido a su narratividad (su carácter prosaico), sea un ejemplo de textualidad más «realista» que lo simbólico o lo metafórico, en nada empaña el interés de Ricoeur por referir todas las formas lingüísticas con la experiencia (la vida). Así nos lo dice Teresa Picontó: «el tiempo como realidad abstracta o cosmológica adquiere significación antropológica en la medida en que puede ser articulado en la narración. La narratividad, por tanto, determina, articula y clarifica la experiencia temporal» (p. 77).

Si ahora trasladamos estas reflexiones, como lo hace Teresa Picontó, a la lectura de los textos de Ricoeur que versan sobre la teoría moral y de la justicia y sobre la tarea del juez (*Le Juste* –1995– y *Le Juste 2* –2001–, principalmente), nos aparece un Ricoeur parcialmente crítico con la Teoría de la Justicia de John Rawls, en la medida en que el pensador norteamericano diseña su teoría como razonable y para el ámbito de «lo político», dejando como irresoluble, y para el ámbito de lo privado, el problema del «bien» y el esfuerzo teórico por la búsqueda de la «verdad moral». Lógicamente, el vitalismo ontológico de Ricoeur (aunque de «vía larga», o sea, no existencialista o de «vía

corta»), presenta dos objeciones. *Primero*, que es necesario plantear en la teoría de la justicia todo lo que la teoría procedimental de Rawls excluye, es decir, la idea del bien, de tradición aristotélica. *Segundo*, que incluso la obra de Rawls, a su modo, también trata de «la idea del bien» (p. 103), pues, el carácter acumulativo y no excluyente de la obra de Ricoeur, le lleva a tomar siempre una vía de mediación e integración hermenéutica de aquellas teorías de las que parece distanciarse. Por último, Ricoeur llama «ética regional» (pp. 92 y 94) a la posición del juez en su labor de interpretación y aplicación del Derecho. Siendo el Derecho lo que media entre la moral (el bien) y la política (el mal), es al juez (en cuanto institución) al que le cabe decidir autoritativamente (el nivel práctico de la justicia es aquí tenido muy en cuenta por Ricoeur) sobre los conflictos, es decir, respecto de «la distribución de roles, servicios, ventajas, desventajas» (p. 95). Y es ahora cuando la «ética regional» jurídica viene en ayuda del juez (cuya decisión es «poder») para aliviar su conflicto moral. Por lo que, por un lado, el juez debe decidir desde la perspectiva de la «acceptabilidad por los afectados», es decir, desde «el enraizamiento en la vida» (T. Picontó, p. 96). Por otro lado, Ricoeur es consciente de que los conflictos humanos sobre los que decide el juez son una constante social, así que le exime de cualquier resolución de fondo. La función de juzgar, comenta Teresa Picontó, consiste para Ricoeur en: «acoger los conflictos y zanjarlos guardando una apariencia de conciliación» (p. 110).

II. El *segundo capítulo (Retórica, hermenéutica y las teorías de la argumentación racional)*, como el *capítulo tercero (fenomenología, hermenéutica y análisis estructural)* y el *capítulo cuarto (la mediación del texto: comprensión hermenéutica y comprensión crítica)*, pueden ser tratados de forma conjunta, en cuanto hacen referencia a los *encuentros* del filósofo Ricoeur con diversas tradiciones de pensamiento que le han influido en su itinerario intelectual del que daba cuenta el capítulo primero. Si la lectura del capítulo primero es de gran densidad, por lo que supongo que mi resumen ha sido muy parcial, estos otros capítulos tampoco dejan «descansar al lector», aunque la densidad queda diferida un tanto al confrontar a Ricoeur con otros autores y tradiciones de pensamiento. Señalo esta peculiaridad porque, Teresa Picontó, no trata en ninguna página de su obra de «explicar» simplemente la obra de Ricoeur, sino que, en lo que creo es una adhesión (si bien, *crítica*) a la hermenéutica por parte de la autora, a la vez que expone la obra y los temas que apasionaron a Ricoeur, la autora, digo, va continuamente proyectando un segundo discurso de «comprensión» de Ricoeur, de su obra y las lecturas de sus interlocutores. Es así como el nivel analítico del trabajo se encadena constantemente con su nivel hermenéutico. Creo que este «efecto de lectura» es algo querido expresamente por Teresa Picontó, produciendo lo que podemos llamar «una obra singular», otro mérito que añadir a este profundo trabajo.

Pero, ¿qué nos plantean estos tres capítulos sobre la obra de Ricoeur? Según considero, la tesis básica de Teresa Picontó consiste en narrarnos (explicar *más* comprender) el carácter *dialéctico* (el «conflicto de las interpretaciones» como tema recurrente), *acumulativo* (la hermenéutica de Ricoeur como «vía larga») y, por último, *mediador* (Ricoeur siempre leyendo y asimilando los discursos «de los otros») de la fenomenología hermenéutica de Ricoeur. Dialéctica, acumulación y mediación. Si a esto se le une el que para Ricoeur se trata de instrumentos para encontrar la verdad histórica (viva) de los textos, lo que obtenemos es a un «Hegel del siglo xx. Pero la fuerza que Ricoeur pone en el examen de los *topoi filosóficos* del siglo xx, la mayoría de ellos críticos con la filosofía objetiva de Hegel, nos hacen entender,

como no podía ser de otra manera, que Ricoeur queda lejos de Hegel. Y así Teresa Picontó nos muestra cómo Ricoeur tiene que vérselas con esos *topoi filosóficos* del siglo xx: La fenomenología (Husserl); la retórica (Perelman); el estructuralismo lingüístico y antropológico (Saussure y Lévi-Strauss); la teoría crítica (Habermas); y las teorías de la interpretación y la argumentación jurídicas (Alexy y Atienza). De manera general, y en mayor o menor medida, todas estas líneas de pensamiento del siglo xx tienen algo en común; ser herederas del «desencanto weberiano». Y, respecto de ellas, la tradición hermenéutica y la actualización hermenéutica de Gadamer, gran tradición a la que se siente vinculado Ricoeur, todavía continúa sosteniendo la tensión (podríamos decir, el «encanto») por *el Ser*.

En este *encuentro* de Ricoeur con las expresiones filosóficas más importantes del siglo xx, la aportación del trabajo de Teresa Picontó consiste en entresacar y desarrollar todos los argumentos mediante los cuales Ricoeur se enfrenta *dialécticamente* con cada una de estas formas de pensamiento, tomándolas incluso por lo que no son, es decir, la mayoría de ellas no se consideran ya como «interpretaciones del Ser», sus ambiciones teóricas son más «modestas». Sin embargo, el mérito de Ricoeur estaría en producir las *mediaciones* necesarias para que ninguna de ellas escapen al «conflicto de las interpretaciones». Y ello a costa de cierto distanciamiento crítico (en alusión a Habermas) con la propia tradición hermenéutica (en alusión a Gadamer). Así lo señala expresamente Teresa Picontó: «Ricoeur, con esta reformulación, ha conseguido atenuar, aunque no eliminar, desde su concreta visión de la «teoría del texto», el abismo entre la hermenéutica y la crítica de las ideologías» (p. 294). El hilo conductor de la teoría de Ricoeur sigue estando claro; se trata de *acumular* cualquier pensamiento pertinente dentro de los grandes márgenes de esa «vía larga» de acceso al Ser a la que se debe su estrategia hermenéutica.

En efecto, Teresa Picontó nos plantea de manera exhaustiva esos «amplios márgenes», flexibles y atentos a lo nuevo, de la hermenéutica de Ricoeur. Es así como cada autor le dice «algo» al filósofo francés que éste integrará en su propio proyecto hermenéutico; Husserl le aportará el momento epistemológico; la retórica la atención por la persuasión del auditorio; el estructuralismo la necesidad del análisis formal del sistema significante de la lengua; Habermas la crítica ideológica; y, las teorías de la argumentación, las reglas del consenso racional en la decisión jurídica. Y lo que añade Ricoeur es el hacer posible que; la epistemología fenomenológica sea vista como un paso hacia la ontología; la persuasión de la retórica se anude con la verdad; el estructuralismo lingüístico refiera el sistema de la lengua a la vitalidad del habla; la ilustración liberadora de Habermas se tenga en cuenta por una hermenéutica anclada en la tradición; y, por último, que las teorías de la argumentación jurídica pasen a ser una vía de interpretación del texto y el hecho jurídicos, y no sólo un mero consenso racional externo: «En definitiva —señala T. Picontó— cuando Ricoeur estudia las teorías de la argumentación racional cree descubrir en ellas una teoría de la interpretación» (p. 155).

III. El libro acaba con unas extensas «conclusiones críticas» (pp. 303-332), en las que la autora hace un balance respecto de las más importantes aportaciones de Ricoeur. Los elogios debidos a la tarea emprendida por Ricoeur, es decir, la consecución de una obra filosófica polifacética, rica, plural (p. 303), cuyo «proyecto de una hermenéutica crítica...ha conseguido bosquejar una camino a seguir» (p. 322), se intercalan con algunas críticas a su obra; la solución de Ricoeur a muchos problemas filosóficos con los que se enfrentó, «más esperada

que conseguida» (p. 311); «ambigüedad de Ricoeur» (p. 319) en su dialéctica de lectura (entre el explicar y el comprender) de los textos; su lectura «demasiado optimista» (p. 327) de la teoría de la justicia rawlsiana; o la valoración ambivalente que hace la autora de las aportaciones que Ricoeur, desde la atalaya de la filosofía, ha realizado a la filosofía del Derecho: «Ello explica, en parte, –nos dice T. Picontó– que en sus construcciones se eche a faltar la complejidad a la que estamos acostumbrados los *iusfilósofos*. Probablemente, por la misma razón, algunas de sus conclusiones nos suenen a algo ya dicho. Ello no es ningún demérito en Ricoeur» (p. 331). En fin, esta actitud, entre el elogio y la crítica, demuestra que Teresa Picontó ha escrito una obra honesta sobre Ricoeur, abierta a la reflexión filosófica y, también, iusfilosófica. La recomendación de su lectura, pues, resulta obligada.

José Antonio LÓPEZ GARCÍA
Universidad de Jaén

SORIANO, Ramón, *Interculturalismo, entre liberalismo y comunitarismo*, Editorial Almuzara, Colección Cuadernos de Autor, Andalucía, 2004.

Más allá de las clásicas propuestas del liberalismo y comunitarismo en el tratamiento de las relaciones interculturales puede diseñarse una propuesta alternativa que supere a las anteriores. Ramón Soriano plantea la idea de *Interculturalismo como una tercera vía entre modernidad abstracta universalista y postmodernidad relativista y deconstructiva: entre liberalismo y comunitarismo*. Esta propuesta no desafía al liberalismo ni al comunitarismo, si no que los combina y encauza *hacia un lugar común de encuentro y auto-superación*. Sin embargo, el Interculturalismo propone importantes retos y consecuencias teóricas para la filosofía del derecho, la teoría política sobre las sociedades multiculturales y los derechos humanos.

Soriano utiliza el concepto *cultura* más allá de su acepción antropológica, tomando una distinción política de análisis, como colectivo con señas de identidad definidas –*etnia, lengua, religión, tradiciones* [...] *que interacciona con otras culturas en una escala de distintas posiciones de dominio y dependencias. En este contexto hay culturas hegemónicas* [...] *y culturas dependientes*. (p. 13)

Ramón Soriano comienza su propuesta con el análisis y crítica de las perspectivas teóricas del liberalismo y comunitarismo referidas a las relaciones entre culturas.

La propuesta teórica del liberalismo es analizada desde su evolución teórica; identifica un *liberalismo clásico* y otro *liberalismo moderno*. Desde sus orígenes a finales del siglo XVII en Inglaterra, el liberalismo ha ido acomodándose a las realidades políticas, sin abandonar sus principios originarios: la autonomía de la persona representada por sus libertades individuales (límites a la acción del Estado) y el abstencionismo del Estado (mero vigilante de las relaciones libres de los ciudadanos). Sin embargo podemos hablar de un *liberalismo clásico*, que mantiene los principios originarios, y de un *liberalismo moderno*, que matiza y cuestiona algunos de esos principios.

Ambos *liberalismos* sostienen que las libertades son universales (asumibles por todas las culturas) y, en consecuencia, son irresistibles (incontestables) y transpolables (trasladables a las demás culturas que no practican dichas libertades). Pero, asimismo, presentan diferencias en el tema de los derechos de las culturas. El *liberalismo clásico* niega los derechos de las culturas por ser innecesarios y por crear una discriminación en el principio de la igualdad de los derechos. El *liberalismo moderno* defiende la inclusión bajo el manto protector del Estado de ciertos derechos colectivos, complementarios de las libertades, muestra una tolerancia condicionada a los derechos de las culturas, siempre que estos derechos no sean contrarios a los principios liberales y a los derechos individuales (las libertades). Los derechos de las culturas son aceptados por la doctrina liberal con una doble condición: la sujeción a la prioridad de las libertades y siempre que supongan una profundización en la libertad, porque es a través de los derechos colectivos que la libertad de los miembros de las culturas está mejor asegurada.

Esta tendencia general del liberalismo en el tratamiento de las relaciones entre las culturas presenta matices muy importantes. El libro *Interculturalismo, entre liberalismo y comunitarismo* contiene un análisis desde los trabajos de John Rawls y Jürgen Habermas hasta posiciones «más abiertas» a los

derechos de las culturas y el interculturalismo como las de Will Kymlicka y Joseph Raz.

La propuesta teórica del comunitarismo es analizado en un capítulo especial. Según Ramón Soriano, el comunitarismo se enfrenta al liberalismo universalista *defendiendo el valor de cada cultura en su propio ámbito, con independencia de la naturaleza, historia, dimensión y relaciones con otras culturas. Cada cultura es valiosa en sí misma y una cultura se caracteriza por prestar un significado peculiar a sus bienes.*

Para el comunitarismo *el Estado se convierte en protector de los bienes y fines, [...] de las señas de identidad de la cultura, donde no hay una separación entre esfera privada y esfera pública, sino un continuum entre ambas contempladas y protegidas por el Estado.* (p. 61)

Sin embargo, la definición de la cultura como expresión de una idea de bien convierte en paradójico el tratamiento que el comunitarismo da a los derechos de las culturas, porque opaca la protección de los derechos de los grupos minoritarios internos componentes de los grupos culturales mayoritarios, precisamente porque éstas se caracterizan por una determinada concepción del bien, donde no caben las fisuras de grupos plurales y heterogéneos. Por esta razón el comunitarismo tiene ante sí un reto difícil: la compaginación de la defensa de una cultura definida por el bien con la práctica de un liberalismo interior, *que permita la disidencia no adherida al bien cultural, si ésta no pone en cuestión las señas de identidad de la cultura [...] Tolerancia con el exilio interior y exterior.* (p. 63)

Las ideas del comunitarismo en el tratamiento de los derechos de las culturas son analizadas desde la *crítica al liberalismo* de Charles Taylor, y los trabajos sobre la concepción cultural de la justicia de Michael Walzer.

El imperialismo jurídico

Un punto importante del libro es el contexto social e histórico actual en el que se encuentra la relación entre las culturas. Desde un punto de vista franco muy interesante y cercano al neomarxismo, Ramón Soriano, se ocupa aquí de lo que denomina «imperialismo jurídico».

El interculturalismo es planteado en un mundo en el que no existe igualdad de las culturas, en el proceso de «intercambio» cultural la realidad es la jerarquía y la desconfianza entre ellas. El exponente extremo de esta situación desigual e injusta es el imperialismo.

Ramón Soriano explica que «*Imperialismo*» es una expresión «fuerte» que parece sacada de otros tiempos; sin embargo es una fórmula de relación intercultural omnipresente en los siglos anteriores y en el nuestro, es un *concepto-marco [...] la imposición de modelos de ideas y comportamientos a través de medios instrumentales (entre ellos el derecho) a culturas «inferiores» por culturas autoconcebidas como «superiores».*

El imperialismo jurídico es uno de los instrumentos o medios empleados por el imperialismo que consiste en la imposición del derecho de una cultura a otra como consecuencia del dominio político. *La espada del vencedor extiende su dominio político y con él la exclusividad de su derecho hegemónico, destruyendo los derechos autóctonos de las culturas dominadas.* (p. 114). Pone su derecho en lugar de los derechos autóctonos de los pueblos dominados, o los tolera en la medida en que no dañen a sus intereses.

Actualmente *el poder hegemónico y su derecho dominante emplean distintas estrategias para oponerse al reconocimiento de los derechos de las*

culturas minoritarias –desde la marginación a la directa supresión, pasando por la criminalización de normas y autoridades culturales, como vía intermedia –y para obstaculizar la eficacia de ese reconocimiento cuando ya ha tenido lugar– obstrucción de la Administración y de las fuerzas de seguridad de las normas de reconocimiento, no desarrollo legislativo y reglamentario de estas normas, limitaciones a la compatibilidad del derecho de las culturas y el derecho hegemónico del Estado. (p. 115)

El imperialismo jurídico actúa dentro de dos modelos. El imperialismo jurídico directo es propio de las potencias colonizadoras que devastan las identidades de las culturas conquistadas: sus sistemas ideológico, político y jurídico; imponiendo el sistema dominante propio en el lugar de las culturas colonizadas.

El imperialismo jurídico indirecto y encubierto, es la nueva modalidad de imperialismo practicado por las grandes potencias «civilizadas». Consiste en que la gran potencia interfiere en otros países para que sus élites dominen a las culturas internas y grupos sociales que pudieran perjudicar a sus intereses, creando un derecho benefactor para aquélla o suprimiendo el derecho adverso. Las exigencias de un orden internacional «civilizado», obligan a que las grandes potencias refinen su imperialismo desde la trastienda, aunque a veces en situaciones de crisis éstas acuden a burdas fórmulas de los antiguos imperialismos. Los argumentos de este nuevo imperialismo jurídico [son los] alentados por la sociedad internacional –el respeto a los derechos humanos, el humanitarismo, los crímenes contra la humanidad, los intereses de la comunidad internacional– que son suficientemente indeterminados para justificar una política de interferencia y dominio; y con el dominio, la marginación, la modificación y la supresión de derecho ajeno adverso: el derecho de numerosas minorías culturales. La gran potencia se ha aliado con la clase dominante de otros países para sojuzgar a las minorías rebeldes. (p. 117)

La nueva apuesta teórica: la tercera vía del Interculturalismo.

Los precedentes del Interculturalismo, son la tolerancia y solidaridad. Una consecuencia de la tolerancia es el pluralismo; cuando falta hay dogmatismo ético y jurídico.

La tolerancia es un valor necesario para las culturas, porque su problema es que ni siquiera se les tolera; no se les deja hacer libremente conforme a sus modos de vida, creencias, tradiciones y normas. La lucha de las etnias ha sido la defensa y conservación de sus señas de identidad contra el acoso de poderes superiores. El poder dominante interfiere dentro de las culturas imponiendo sus propias reglas más por afán de dominio que por la preterición de prácticas no liberales. *Esta nueva visión de la tolerancia reclama una legislación para la coexistencia en armonía de las culturas y una aplicación real de esta legislación.*

La solidaridad supone no sólo el reconocimiento, sino también ayuda y colaboración. La profundización de la solidaridad en el ámbito jurídico implica dos requisitos: a) el abandono de su carácter superrogatorio, convirtiéndose en jurídicamente exigible y b) la creación de deberes generales positivos. La solidaridad es el valor jurídico que mejor protege a las culturas por que éstas no sólo demandan la no interferencia y respeto a sus formas de vida, sino la colaboración y ayuda de los poderes públicos. La tolerancia sólo como respeto y reconocimiento de las culturas sería insuficiente.

La definición de «Interculturalismo». Ramón Soriano define su propuesta como una nueva concepción de las relaciones entre culturas, que conduce a una coexistencia cultural en un plano de igualdad. Tiene una pretensión normativa o prescriptiva y alude a la exigencia de un tratamiento igualitario dispensable a las culturas. (p. 91)

El Interculturalismo presenta un doble plano. Ético y sociológico. El primero implica que las culturas tienen el mismo valor en el intercambio cultural, razón por la que participan como iguales. El segundo supone la presencia y coexistencia de todas las culturas en un plano de igualdad a la hora de emprender sus contactos a la búsqueda de puntos comunes de creencias y comportamientos.

El Interculturalismo es una propuesta que surge como consecuencia de la globalización, pero que se enfrenta a ella socavando la pretendida homogeneidad que ésta postula. Propone una ruptura en la homogeneidad integradora, de la uniformidad de la globalización económica y política, enfrentándola con una fragmentación de identidades culturales. *El Interculturalismo es una ideología sobre las relaciones entre las culturas, que se supone superadora de otras ideologías presentes en el actual escenario de la doctrina: el imperialismo en las relaciones interculturales, el liberalismo y el comunitarismo.* (p. 93)

Los fundamentos del Interculturalismo.

El fundamento epistémico: la autocrítica y la heterocrítica [para la] construcción de nuevas lógicas interculturales. Surge del «aprovechar» el racionalismo crítico de Karl Popper mediante la incorporación de la heterocrítica y la autocrítica a las relaciones entre las culturas. Y también el anarquismo epistemológico de Paul Feyerabend mediante la creación común de nuevas lógicas en las que puedan confluir culturas racionalistas y no racionalistas, punto de relación de la cultura occidental racionalista y las «culturas simbólicas, mágicas e intuitivas» de otros pueblos. (p. 96)

Llevadas al terreno cultural, la heterocrítica comporta aceptar la discusión sobre nuestros valores culturales y la autocrítica, someterlos a reflexión personal por nuestra cuenta, aprovechando la discusión de los demás. *Probablemente una lógica de mixtura formada por el acercamiento de las lógicas tradicionales de las culturas, que a un tiempo cederán y recibirán en el proceso de la creación de un patrimonio común.* (p. 97)

El fundamento ético: el valor de la inclusión. Éste es el fundamento sustancial del Interculturalismo. La inclusión es la traducción, en la esfera supraestatal, del viejo valor de la participación en el derecho interno de los Estados. La inclusión puede plantearse a dos niveles: estatal (cuyo problema está centrado en el tratamiento jurídico de las minorías emigradas y las políticas de integración), y el nivel supraestatal (*en relación con los ciudadanos con pretensiones universales –el cosmopolitismo– como en referencia a las relaciones de culturas con pretensiones de universalidad –el cosmoculturalismo–*). Las culturas son «ciudadanas» de todo el orbe cultural, estando éste formado por el conjunto de todas las culturas existentes en el mundo. (pp. 98-103)

El fundamento histórico: el fracaso de los proyectos universalistas [...] y el estrepitoso fracaso de los proyectos iluministas de las culturas «superiores» históricas (p. 103) que en su versión universalista ha adolecido de unas características internas que labraban su propio declive. La primera de esas características es la *fórmula retórica* de su enunciación, puesto que la realidad no correspondía a las normas. La segunda es la *rigidez universalista*, puesto que el legado aparece como un todo conquistado e inamovible, forma-

do por los derechos naturales fundados en una razón constante y derivados de una ley natural, un concepto dado de naturaleza y ley. La tercera es la *ruptura con la naturaleza o entorno vital*, ya que en las formulaciones universalistas la naturaleza física o de la realidad (*natura rei*) es suplantada por la razón humana (*natura rationalis hominis*).

En el mundo del derecho ha sido el iusnaturalismo –la creencia en un derecho perfecto cuyo modelo deberían seguir los derechos positivos históricos– la ideología jurídica que ha fundamentado proyectos jurídicos universales. *La historia ha demostrado la decadencia de principios y preceptos de un derecho universal y perfecto que no conseguía levantar alas sobre la cruda historicidad de sus fundamentos.* (p. 105)

El fracaso de los proyectos universalistas ha sido causa, entre otros motivos, de haber sido defendidos desde la ideología de una determinada cultura en su papel de cultura dominante en su época; no han contado con la participación de otras culturas. Muy por el contrario, el proyecto universalista unicultural se ha impuesto por la fuerza a otras culturas por la fuerza del imperialismo.

También ha fracasado la carta de derechos universales, por lo que se abre la posibilidad de unas bases para el discurso intercultural sobre los derechos humanos de Occidente: 1) Formulación abierta de los derechos humanos como derechos abstractos o derechos-proyecto, y además, interpretables, siendo por tanto delimitables en función de los contextos culturales. 2) Su concepción como derechos de la humanidad y no de una cultura o de abanico de culturas que han alcanzado un estatus al que deben llegar el resto de culturas. 3) Derechos desnudos o puros, sin mixturas, para salvar la crítica imperialista que siempre persigue a los derechos de la cultura occidental. 4) Presentación humilde de los derechos humanos desde el reconocimiento del uso histórico autoritario y expoliador de los mismos, como derechos de una cultura históricamente dominante que *servieron para la destrucción ilegítima de los derechos autóctonos de los pueblos colonizados, acompañados de una carga cínica de quienes los defendían y pretendían su expansión por el orbe mancillándolos en la propia casa.* (p. 107)

Los principios del Interculturalismo

1. *El principio de la igualdad de las culturas.* Para el Interculturalismo, no hay jerarquización de culturas: unas más meritorias que otras sino que todas son igualmente valiosas. Se trata de situarse en un punto medio distante para la valoración de las culturas, sin embargo, el salto a un *punto medio distante* entre las culturas es obstaculizado por el etnocentrismo que se resiste a afrontar el discurso cultural en igualdad de condiciones en base a un prejuicio y una justificación. El prejuicio consiste en asimilar el valor a lo propio y exigir en consecuencia a lo ajeno un valor semejante al que se posee. La justificación es la «puesta de largo» de las culturas menores. Sitúa el valor de las culturas ajenas en el futuro, tras un arduo proceso de educación y aculturación en el que las otras culturas deficitarias irán alcanzando el estatus de nuestra «superior» cultura y en la medida que asuman nuestros valores.

2. *La ética procedimental de convergencia.* La ética procedimental de convergencia *viene a ser una corrección importante de la ética comunicativa habermasiana, en un doble sentido:* a) se refiere exclusivamente a las relaciones externas interculturales, y b) asume algunas reglas de la argumentación de la ética comunicativa, pero no el principio de universalidad. (p. 133)

Soriano plantea aquí la ética comunicativa corregida como método de discurso e intercambio cultural en las *relaciones externas de las culturas*. De este conjunto son válidas para el discurso intercultural la *regla subjetiva de cooperación* (todos tienen la misma capacidad de habla, todos pueden replicar y proponer, y toda propuesta debe ser argumentada) y la *regla objetiva externa del discurso* (en el discurso no debe haber coacciones).

Ramón Soriano propone para el diálogo intercultural, desde la ética comunicativa habermasiana, las siguientes reglas:

a) Regla de la *alteridad*; que consiste en ponerse en el lugar del otro para entenderle, abandonando el tradicional etnocentrismo practicado por las culturas por un *transcentrismo* que supere las diferencias y distancias y nos permita comprender al otro, el otro en sí mismo y no a través de nuestras pautas culturales.

b) Regla de la *reciprocidad*, que supone actuar cooperativamente con las otras culturas en la búsqueda de acuerdos y compromisos, de la misma manera que esperamos que ellas se comporten con nosotros.

c) Regla de la *autonomía*, que indica la libertad de las culturas en su expresión e intercambio, sin mediatizaciones en su desarrollo como en sus relaciones interculturales, que pueden provenir del exterior de las culturas o del interior, cuando en su interior grupos dominantes coaccionan a los demás.

d) Regla de la *argumentación*, observancia de las reglas objetivas internas del discurso habermasiano, adaptadas a las relaciones entre las culturas, que buscan la simetría de las culturas como concreción del principio de la igualdad de las culturas, primer principio del Interculturalismo.

3. *El punto cero de partida en el intercambio cultural*. La justificación de este intercambio cultural *de punto cero* esta basado en que no existe un universalismo apriorístico e iluminista que desprenda valores comunes transculturales, porque no hay bases epistemológicas, sociológicas o antropológicas para descubrirlo.

Epistemológicamente, el objeto ni está fuera ni puede ser captado por un sujeto aislado, sino que tiene que ser construido en un proceso de discurso, que es tanto más necesario cuanto más distantes son las posiciones de los sujetos y más complejo el tema. El universalismo no es algo separado y fuera de los particularismos, *pues son éstos los que mediante el intercambio y la negociación consiguen ir construyendo, poco a poco en el proceso discursivo, retazos de universalidad con la intención de alcanzar la imagen universal final, que nunca será definitiva [...] No hay pues universalismo, si no es mediante la confluencia de particularismos en un proceso de discurso.* (p. 141)

Sociológicamente, los universalismos tienen pies de barro, por que esconden un enmascaramiento de particularismos históricos. El paso del tiempo descubre que la razón universal no es otra cosa que una cobertura de legitimidad de intereses concretos de parte. La falta de perspectiva de los sujetos del pasado nos permite cierta condescendencia con sus pretensiones universalistas.

Antropológicamente falta una base común, una condición humana constante para desde ella alcanzar unos principios racionales universales.

El punto cero en el intercambio cultural quiere decir que no hay reservas previas ni cuestiones innegociables, sino que el intercambio discursivo se hace en todas las dimensiones y sin condiciones previas.

El punto cero en la salida no es aceptado por los liberales por entender que sus valores y principios son intrasistemáticos al ser humano debido a su

interna y evidente racionalidad; predicán de ellos una universalidad que no puede ser puesta en una mesa de negociaciones.

4. *El universalismo hipotético de punto final tras el intercambio cultural.* La finalidad del intercambio cultural es conseguir acuerdos asumidos por el conjunto de las culturas en el proceso discursivo. Frente al universalismo liberal de partida está el universalismo de llegada (si a él se llega) tras la puesta en común de los puntos de vista, las razones, las condiciones, etc., de las ideologías de cada cultura. Sólo existe un propósito de poner en tela de juicio el propio patrimonio común cultural y el ajeno, en un discurso racional y reglado, con el objetivo de llegar a principios comunes al final de la discusión. (p. 146)

Interculturalismo, entre liberalismo y comunitarismo es un libro en el que se expone de manera resumida y crítica el pensamiento actual sobre los «derechos de las culturas»; se propone una visión novedosa sobre una sociología y normativa elemental sobre las relaciones interculturales, aportando los fundamentos –epistemológico, ético e histórico– del «interculturalismo», y a continuación cuatro principios básicos con los que las culturas pueden comenzar una experiencia de intercambio cultural en miras de futuro en el que puedan construir unas pautas comunes de valores y actitudes.

El Interculturalismo se inscribe así dentro de los conceptos garantistas de los derechos de las culturas, criticando opuestamente al imperialismo (jurídico), y proponiendo una alternativa y conmutativa entre el liberalismo y el comunitarismo.

Interculturalismo, entre liberalismo y comunitarismo, es un trabajo que debe ser revisado por todos aquellos que siguen de cerca lo que se ha llamado las «guerras del multiculturalismo» dentro de la teoría liberal sobre los derechos de las minorías en las sociedades multiculturales. Su análisis y su propuesta son valiosos para adoptar un punto de vista crítico en los estudios de las minorías nacionales y el fenómeno jurídico del dominio mediante el derecho entendido como un fenómeno cultural. Es un libro de necesaria lectura.

Pavel H. VALER-BELLOTA⁶

⁶ Pavel Valer Bellota es investigador en temas de Multiculturalidad, Estado y Derecho. Obtuvo la licenciatura en derecho por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco (Perú), donde ha sido profesor, obtuvo el Diploma de Estudios Avanzados en Justicia y Derecho en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, ha hecho estudios en el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto y en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (País Vasco). Cualquier comentario será bienvenido a: pavelvaler@yahoo.com ó pvaler@unsaac.edu.pe

IV

NECROLÓGICAS

Recuerdo de Miguel Reale

MARIO LOSANO
Universidad del Piemonte Oriental

Hace pocos meses hablaba de Miguel Reale como el último de mis viejos Maestros todavía vivo; poco después de recibir el último volumen de «Doxa» con mi entrevista, me llegaba la noticia de que también el nonagenario Miguel Reale había fallecido. Brasil y América Latina habían perdido al patriarca de la filosofía del Derecho.

Nacido en São Bento de Sapucaí, en la frontera entre el Estado de São Paulo y el de Minas Gerais, Miguel Reale ha fallecido el 13 de abril del 2006 en la ciudad de São Paulo. De su intensa vida científica, política y profesional él mismo dibujó un fresco apasionante en los dos volúmenes de su autobiografía *Memórias*, publicados en 1986 y después en 1987 en segunda edición. Las *Memórias* son una síntesis en las que el pensamiento y la acción se entremezclan continuamente y ofrecen también al lector europeo el tejido de conexión existencial en el que colocar el arco evolutivo de una copiosa producción literaria.

El título de uno de sus últimos artículos, escrito el 17 de diciembre del 2005, expresa la naturaleza que sentía como propia y que todos los que le conocían le han reconocido: «Sou por inteiro filho do século xx». «Por inteiro» no sólo como pensador, no sólo como filósofo del derecho. «Por inteiro»: también en la multiforme y a menudo radical política brasileña (de la que fue teórico de primera fila), también en la modernización de un Estado que se preparaba para convertirse en una potencia continental y, hoy mundial, junto con China e India. «Por inteiro»: también en la vida privada, ligada a la emigración de Europa de su familia de origen, a la sólida visión de la vida familiar con su inolvidable esposa Nuce, a la que dedico delicados versos. Tal vez sea partiendo de estas raíces que se puede iniciar un recuerdo más personal que científico del último de los viejos Maestros que me ha dejado.

Como tantos brasileños de los Estados meridionales de Brasil, Miguel Reale descendía de una familia de origen italiana y, a lo largo de toda su vida, había conservado viva la pasión por la lengua y por la cultura, no solo jurídica, de Italia. El padre, Biagio Reale, era médico como muchos otros componentes de aquella familia originaria de Basilicata y de Nápoles. Pero Miguel

Reale no permaneció durante mucho tiempo en São Bento do Sapucaí, que en sus memorias se ve como una «península» paulista «inserida en el territorio de Minas Gerais». Prevalció la llamada de la capital del Estado. En São Paulo frecuentó la escuela media Dante Alighieri, que reforzó el vínculo con la tierra de origen tanto en él mismo como en enteras generaciones de paulistas. La escuela Dante Alighieri marcó su vida tanto intelectual, como personal: allí encontró a Nuce que se convertiría en su mujer, y allí recibió el impulso decisivo para dedicarse a las ciencias humanas.

Frecuentó de 1930 a 1934 la Facultad de Derecho de São Paulo también porque en aquellos años no existía otra facultad en la que practicar las disciplinas humanistas. Pero, junto con el estudio, su vida política fue intensa. Si del padre había heredado el espíritu reformista mazziniano, de la facultad, de aquellos años, recibió el impulso para entrar en la vida política activa. Se iba afirmando también en Brasil la búsqueda de una «tercera vía»: en Europa, la «tercera vía» entre capitalismo y comunismo pasaba a través del fascismo y el nacionalsocialismo; en Brasil –donde el comunismo estaba presente como ideología pero no como amenaza inminente ligada a la proximidad geográfica de un gran Estado bolchevique– la «tercera vía» tomó el nombre de «integralismo» y se propuso organizar el Estado según un modelo que no fuese ni fascista, ni capitalista.

No se puede entrar en la añosa cuestión de en qué medida el integralismo brasileño fue similar o diverso del fascismo italiano: ciertamente era un movimiento autoritario fundado sobre el partido único e inspirado en la doctrina social de la Iglesia católica. La «Ação Integralista Brasileira» se constituyó en 1930 y Miguel Reale fue su primer teórico. Su primer libro publicado apenas acabados sus estudios universitarios, en 1934: *O Estado moderno* examina las teorías políticas fascista, liberal y comunista, intentado presentar el integralismo como una alternativa a las mismas. Como movimiento político el integralismo estaba destinado a ser barrido por la dictadura de Getúlio Vargas. No obstante, en la medida en que la política brasileña es a menudo violenta pero siempre conciliadora, fue el propio Getúlio Vargas quien quiso a Miguel Reale en el órgano legislativo del Estado de São Paulo donde estuvo desde 1942 a 1944. La intensa década entre 1930 y 1940 fue decisiva no sólo para la vida política, sino también para su carrera universitaria y para el pensamiento científico de Miguel Reale.

Reale no evitó nunca la crítica sobre su militancia integralista: no tomó distancias, no la repudió ni la escondió. Sus textos integralistas fueron publicados de nuevo en 1983 en una colección de la Universidad de Brasilia dedicada a los clásicos en la política brasileña. Todavía recientemente, en un artículo de 28 de julio del 2004 titulado *O integralismo revisitado*, tomaba críticamente posiciones sobre el integralismo y sobre su participación activa en ese movimiento.

Después de una disputada oposición en 1934, Reale accedió a la cátedra de filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de São Paulo y en 1940, publicó su tesis *Fundamentos do Direito*, en la que exponía *in nuce* la teoría tridimensional del derecho, destinada a sucesivas reelaboraciones y con amplias repercusiones también fuera de América Latina. A partir de ese momento, su incansable actividad se manifestó en la vida política, académica y profesional con tal intensidad, que es posible sólo señalar los puntos más sobresalientes. Una síntesis bibliográfica aparece en el volumen publicado por el Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro, presidido por Antonio Paim: *Miguel Reale. Bibliografía e estudos críticos* (Salvador 1999).

A lo largo de 1947 y 1969 fue Secretario en la Justicia del Estado de São Paulo; en 1949 rector de la Universidad Estatal de São Paulo (USP), cargo en el que será reelegido de 1969 a 1973; en 1949 fundó el Instituto Brasileiro de Filosofia, que todavía hoy reúne a la totalidad de los pensadores brasileños y que publica la «Revista Brasileira de Filosofia», que ha superado los 200 fascículos; participó en la fundación de dos partidos políticos, el Partido Popular Sindicalista y el Partido Social Progresista («havia uma boa dose de quixotismo nesse empreendimento» anota en las *Memórias*); en 1969 participó en la comisión para la revisión constitucional e inició el largo trabajo de preparación de un nuevo código civil, destinado a sustituir –pero sólo a partir del 2003– el viejo código de Clóvis Bevilacqua de 1916. En 1974 fue nombrado Presidente del Consejo Federal de Cultura, cargo que mantuvo durante quince años. El reconocimiento de estas actividades se concretó en los 15 doctorados *honoris causa* y en las numerosas condecoraciones brasileñas y extranjeras, sin olvidar su posición de miembro de la Academia Brasileira de Letras desde 1975.

Academia de letras, ciertamente, porque el jurista Reale también era poeta. En realidad, en la vasta producción de Reale hay lugar no sólo para el derecho positivo y la filosofía del derecho, sino también para la política pública y el análisis literario, para la crítica social y para la poesía. La poesía de Reale está ligada a su ironía y a su buen humor, a su vida y sus afectos, tal vez también a sus pensamientos y a sus autores, como cuando no consigue conciliar el sueño «procurando, em insólito tormento,/conciliar Kant, Hegel, e Agostinho». Ya adentrado en años, acoge sin ansia el pensamiento de la muerte: «Se o homem fosse eterno, que tristeza!», y concluye: «Tal vez houvesse um mundo diferente/ com mais amor e solidariedade/se toda gente /estivesse convencida/ de que a morte dá sentido à vida». Afirmación justa, que sin embargo no colma el vacío en el espíritu del que se ha quedado. Apasionado estudioso, su pensamiento se dirige al destino de su gran biblioteca tras su muerte: «Morto a biblioteca/projeta a sua imagem:/ um livro fechado / para sempre encerrado». Y cada libro se queda ahí, «em fila de pé/ como soldado montando a guarda/ ao que não é».

Miguel Reale, cuando pensaba en la muerte tenía ya mas de setenta años, pero gozó hasta el final de una vitalidad incontenible. Abogado desde 1934, se ocupó de los grandes problemas brasileños y, en particular de la electricidad: consejero de las principales sociedades paulistas de electricidad desde 1979 a 1985, fue desde 1982 a 1997, miembro del consejo de administración de la *Itaipu Binacional*, la empresa paritaria brasileño-paraguaya que gestiona los sistemas hidroeléctricos en el Río Paraná, en la frontera entre los dos Estados (en base a un tratado al que contribuyó el mismo Reale). Como estudio atento a la práctica, Miguel Reale se interesaba en todo aquello que de nuevo se presentaba en la sociedad. Limitándome a mi experiencia personal, baste recordar que en 1973 Reale me invitó a São Paulo para impartir un curso sobre informática jurídica: hoy la informática es el pan de cada día en tantos sitios, pero para comprender en qué medida Reale estaba abierta a las innovaciones cabe recordar que en aquella época, en Milán, sólo podía enseñar informática jurídica disfrazándola de teoría general del derecho.

El curso de informática jurídica de São Paulo fue para mi extremadamente gratificante justamente por el interés con el que fue seguido por numerosos alumnos (que, como Dínio de Santis Garcia, Pedro Luiz Ricardo Gagliardi y otros, aplicaron la informática a los tribunales) y por los frutos que dio en los años siguientes. Gracias al apoyo de Miguel Reale y del profesor Oswaldo

Fadigas, entonces responsable del centro de cálculo, fue incluso posible organizar la simulación de un programa jurídico sobre un ordenador que se encontraba en la Ciudad Universitaria, en la periferia de São Paulo, y que, en ocasión de la lección final fue conectado con un cable telefónico al Aula Magna de Largo São Francisco. Uno de los grandes periódicos paulistas publicó una fotografía de Miguel Reale, conmigo y con otros colegas, junto al primer terminal informático en la Facultad de Derecho. En aquella ocasión inicié a ocuparme también de la historia del derecho brasileña, puesto que me parecía inconcebible informatizar un derecho del cual no conocía la historia. El curso de informática se desarrolló por tanto paralelamente a mis investigaciones sobre Tobías Barreto, en la que me guió Miguel Reale, como explicaré más adelante.

Es fácil entender, por tanto, los motivos de mi gratitud hacia este pensador, el afecto filial que he nutrido por él durante más de treinta años y la pérdida que siento ahora en mí: Largo São Francisco sin Miguel Reale no es ya el que se había consolidado en mi recuerdos. Afortunadamente, Largo São Francisco se renueva continuamente desde hace siglos; y, gracias a los amigos viejos y nuevos, la vida continua, aunque cada vez más poblada de recuerdos.

De frente a la pluralidad de los intereses de Miguel Reale debo limitarme –y sólo a través de pequeñas muestras– al Miguel Reale filósofo del derecho. La concepción tridimensional del Derecho, dibujada en su tesis de 1940, fue ulteriormente elaborada en la *Filosofia do Direito* en 1953 (traducida al español en 1979 en las Ediciones Pirámides de Madrid) y en las *Lições preliminares do Direito* de 1973, que conocieron numerosas ediciones e influyeron sobre la formación de enteras generaciones de juristas en todo Brasil. Con la teoría tridimensional Reale propone entender el derecho en sus tres dimensiones positiva, fáctica, y axiológica, de modo que permita tener una visión no artificialmente sectorial, como sucede en la doctrinas unilaterales del derecho. Finalmente, una exposición comprensiva de la teoría tridimensional del derecho tomó forma en un volumen homónimo de 1968 (traducido al español: *Teoría tridimensional del derecho*, publicado en 1973 por la Imprenta Paredes de Santiago de Compostela). También han sido traducidos al español –aunque la lista no es exhaustiva– *Fundamentos del derecho* (Depalma, Buenos Aires 1976) e *Introducción al derecho* (Ediciones Pirámides, Madrid 1977).

Reale realiza la superación del positivismo jurídico y del sociologismo jurídico recurriendo al concepto de «experiencia», formulado en la obra *O direito como experiência* de 1968 (que se tradujo al italiano en una edición revisada por el propio autor: el traductor Domenico Coccopalmerio precisa de hecho que «la edición italiana es una segunda edición puesta al día y completada»). Como afirma el mismo Reale, esta obra es la continuación directa de la *Filosofia do Direito* de 1953 y continua a su vez en el volumen *Experiência e cultura* del 1977. Para Reale la experiencia no es sólo una categoría histórica y cultural, sino que es «un problema epistemológico fundamental» que permite construir el derecho como una unidad sistemática. La conexión entre experiencia y cultura conlleva también una concepción filosófica típicamente brasileña: ese «culturalismo» del que Reale señala las raíces europeas en Vico y la elaboración brasileña en el ya nombrado Tobías Barreto.

Y aquí el recuerdo de Miguel Reale se hace inevitablemente personal, porque fue él quien me indujo a estudiar la figura de Tobías Barreto. Había conocido a Miguel Reale en el congreso mundial de filosofía que se celebró en septiembre de 1967 en Gardone Riviera. En aquella ocasión Alessandro

Passerin d'Entrèves se convirtió en el Presidente de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (IVR) y yo en el Secretario General. Nos propusimos ampliar a todo el mundo la participación en el IVR y de este propósito nació mi relación con Miguel Reale, destinada a durar hasta sus últimos días. En 1970, preparando la edición italiana de *El fin en el derecho* de Jhering, le envié una carta pidiéndole información sobre Tobias Barreto. Su respuesta me indujo a profundizar mis investigaciones históricas sobre el derecho brasileño y Reale me aconsejó el estudio del «germanista» Barreto sabiendo que teníamos en común la pasión por la cultura alemana. Empecé así una serie de investigaciones y publicaciones, que duraron hasta el 2000 y que finalizaron con la publicación de mi libro *Un giurista tropicale. Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*.

Tuve el honor de recibir para ese libro un prólogo de Miguel Reale. En él sintetiza, entre otras cosas, también el culturalismo brasileño: «Una de las ideas más fecundas elaboradas por Tobias Barreto fue la de “cultura”, contrapuesta a la de naturaleza en una relación de contraste radical de la primera respecto a la segunda. Para él, la “cultura es la antítesis de la naturaleza, en la medida en que produce un cambio en lo natural, en el intento de hacerlo bello o bueno”. La cultura es en resumen, para Barreto, el arte de corregir y de adaptar la naturaleza hacia el pleno desarrollo del ser humano, como he intentado aclarar en mis diversos trabajos sobre el “culturalismo” de Tobias Barreto. [...] Es un mérito innegable de Tobias Barreto, inspirado en distinta medida por Herrman Post y por Rudolf von Jhering, el haber visto el problema de la cultura como uno de los más relevantes para un país emergente, que tiene necesidad de usar los valores de la inteligencia para sacar ventaja de la naturaleza que lo circunda. No debe sorprender si el “culturalismo” –la corriente filosófica más activa y expresiva del Brasil– considera a Tobias Barreto como uno de sus inspiradores». En este punto la tradición de Barreto se une a la aportación del Reale, teórico de la experiencia jurídica: «Tobias Barreto, como filósofo y como jurista, no se dejó seducir por soluciones formales, sino que supo siempre relacionar la idea con la experiencia». El culturalismo es por tanto un hilo constante que une Barreto a Reale, quien ya en 1941 había publicado un ensayo dedicado al *Culturalismo da Escola do Recife*, escuela cuyo jefe reconocido era justamente Tobias Barreto.

La idea de la «cultura» circula constantemente en las obras de Reale, también cuando supera la teoría de la experiencia jurídica a la búsqueda de una teoría general del conocimiento. En otras palabras, el humanista salido de la Escuela Dante Alighieri, que se hizo jurista bajo las arcadas del edificio de Largo São Francisco, pasa ahora de la filosofía del derecho a la filosofía *tout court*. En 1977 *Experiência e cultura* comienza con estas palabras, que imprimen un ulterior impulso al pensamiento de Reale y al mismo tiempo se conectan a los resultados ya adquiridos: «Tal vez no es exagerado afirmar que uno de los problemas fundamentales de nuestro tiempo consiste en elaborar una *teoría del conocimiento* que pueda ser una *teoría de la experiencia*, con la intención de ganar una correlación más viva entre naturaleza y cultura y, en particular, entre ciencia de la naturaleza y ciencias del hombre».

Con *Verdade e conjetura* de 1983 Reale –ya bien entrado en los setenta– propone integrar la teoría del conocimiento tradicional, de sello kantiano, con un nuevo instrumento: el pensamiento conjetural, que utiliza conceptos no rigurosos pero plausibles. Kant sostenía que se «conoce según conceptos» y se «piensa según ideas»; a estos dos recorridos cognoscitivos Reale añade el «pensar por conjeturas»: tal vez este último presenta alguna analogía con

la noción de falsabilidad de los conocimientos de Popper, que no por casualidad es uno de los autores más citados en esta obra de Reale, aunque no tanto como Hartmann, Heidegger y Husserl. También las conjeturas están ligadas a los valores, a la cultura: incluso si se piensa por conjeturas, escribe Reale, «pensar es siempre juzgar». Se cierra así el círculo entre norma, realidad y valores, típico de la tridimensionalidad jurídica de Reale. Esta obra representa un punto culminante en la producción de Reale; es más, parece separarse de su producción filosófico-jurídica para progresar hacia nuevos espacios.

Miguel Reale confiaba no sólo en los libros para la difusión de sus ideas, también escribía artículos en los grandes periódicos nacionales, impartía conferencias y realizaba actividades de organización de la cultura: de la presidencia de la fundación cultural «Moínho Santista» a la organización de los congresos de filosofía, a menudo junto con el también añorado Tarcísio de Miranda Burity, el «kelsenólogo» que fue también gobernador del Estado de Paraíba. Reale tenía la vocación del Maestro. A mí me abrió las puertas del Brasil y de América Latina a inicios de los años setenta y en mi memoria, aflora hoy una imagen que es también un símbolo. Ciertamente, lo recuerdo en la impresionante sala del rectorado, en el gran estudio de abogado y en su bella casa paulistana de laberíntica biblioteca; pero, para mí, la imagen símbolo del Reale Maestro está vinculada a su *chácara* en el campo fuera de São Paulo, donde se retiraba con la familia.

En Brasil todo está sobredimensionado, y aquella casa en el campo era en realidad una hacienda que, con los años, había acabado por encontrarse casi a las puertas de la ciudad. En un espacio conservado como un jardín botánico, Reale había hecho cultivar las plantas típicas de Brasil, de modo que los visitantes pudieran de un vistazo comprender la riqueza botánica del país. En la memoria lo vuelvo a ver en un día de sol, cerca de un arbusto de café, mientras pelaba una baya roja y, sonriendo contento con los ojos entrecerrados, me enseñaba el grano de café tal y como se presenta en la naturaleza y como yo, europeo y hombre de ciudad nunca lo había visto. Es la imagen-símbolo del filósofo que guarda la semilla del saber, y es también la imagen de lo que Reale ha sido para mí y para tantos otros.

Pero Miguel Reale no era sólo un ser bucólico: era sobre todo un gran anciano infatigable. Incluso en los últimos años, visitándolo en São Paulo, lo encontraba saliendo o llegando de viajes a conferencias y encuentros en las capitales del mundo y en los rincones más perdidos de Brasil. La vejez de aquel nonagenario lleno de vitalidad personificaba a la perfección la proverbial máxima de Terencio: *aquilae senectus*, la vejez del águila. El 13 de abril 2006 ese águila voló para siempre.

Traducción de Cristina GARCÍA PASCUAL

RECOMENDACIONES A LOS AUTORES

I. Extensión y soporte material:

Los originales de los artículos de las secciones «Monográfico», «Teoría y filosofía del derecho» y «Debates» tendrán como extensión máxima 25 páginas DIN A4, a espacio y medio. Como criterio orientativo, se recomienda no exceder de los 50.000 caracteres, en general.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen o *abstract* de 10 líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o *key words* en castellano y en inglés.

Los originales de la sección «Crítica bibliográfica» no deberán superar las ocho páginas DIN A4, a espacio y medio. Aproximadamente, no han de superar los 18.000 caracteres.

Los originales han de enviarse por correo electrónico a la dirección del *Anuario de Filosofía del Derecho* (Anuario.Fil.Derecho@uv.es). Opcionalmente, también pueden enviarse en papel y soporte informático CD, en un programa de procesador de textos de Microsoft Word para PC o para Macintosh, indicando en el texto y el disco el autor, título del trabajo y en su caso, la versión del programa informático utilizado. No es necesario enviar el trabajo en papel.

También deberá enviarse junto al nombre del autor, la universidad a la que pertenece y, en su caso, la dirección de correo electrónico y de correo postal de contacto.

En el caso de que el texto haya sido publicado anteriormente en otro medio impreso o se haya presentado como ponencia o comunicación, se incluirán los datos en el documento.

II. Sistema de citas:

Se podrá optar por uno de los siguientes:

A. *Sistema abreviado*: referencia bibliográfica más elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén: 1990:95)

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica en el apartado III. En el elenco bibliográfico, si se citan varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. Tanto en el elenco bibliográfico como en la referencia bibliográfica, si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: González Vicén 1979a correspondería a «La obediencia al Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 1979, pp. 4-32 y González Vicén 1979b correspondería a «La Escuela Histórica del Derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, XIX, 1979, pp.1-48.

B. *Sistema tradicional*: citas bibliográficas al final del artículo. Las notas se confeccionarán según el criterio general que se incluye en el apartado III. Una obra ya citada se mencionará con el nombre del autor seguida de *op. cit* y la página. Si el autor tiene varias obras citadas en el artículo, se abreviará el título, seguido de *cit.* y la página.

III. Referencias bibliográficas:

En cualquier caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

apellido/s, inicial del nombre, Título, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

GONZÁLEZ VICÉN, F., *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2. Artículo de revista:

GONZÁLEZ VICÉN, F., «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65

3. Trabajo o artículo incluido en libro:

GONZÁLEZ VICÉN, F., «Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia» de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33

IV. Admisión de originales:

Los trabajos enviados a la Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho serán evaluados mediante el sistema de «doble *referee*». El evaluador interno será el Consejo Asesor del Anuario de Filosofía del Derecho. El evaluador externo será decidido por el Consejo de Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho. Para ser publicados los trabajos, deberán obtener dos *referees* positivos, tanto del evaluador interno como del externo. En el caso de que uno de los informes sea negativo, se estará a lo que decida el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo, cuya decisión será vinculante. Cualquiera de los evaluadores internos o exter-

nos puede hacer observaciones o sugerir correcciones a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado, que serán comunicadas a los mismos, y si se estima conveniente, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las correcciones oportunas. En tal supuesto, la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo Asesor, y en su caso, al Consejo de Redacción de la revista.

Serán criterios excluyentes para la admisión de los trabajos:

1. Excederse en la extensión establecida según el tipo de colaboración.
2. No utilizar uno de los sistemas de citas propuestos en la manera indicada.
3. No enviar el trabajo en el soporte requerido.
4. Remitir el trabajo fuera de los plazos señalados en la convocatoria anual.
5. Haber publicado un artículo en la misma sección del número inmediatamente anterior.

Los autores de los trabajos aceptados recibirán por correo ordinario una certificación escrita de la publicación de su trabajo en el número correspondiente.

Los autores de los trabajos rechazados recibirán por correo ordinario una certificación escrita de la no publicación de su trabajo en el número correspondiente.

Anuario de Filosofía del Derecho

VOLUMEN I (1984)

I. LA DECISIÓN JURÍDICA. ALFONSO RUIZ MIGUEL, Creación y aplicación en la decisión judicial. FRANCISCO J. EZQUIAGA GANUZAS, Los juicios de valor en la decisión judicial. FRANCISCO PUY, La decisión. JOSÉ M. ROMERO MORENO y LUIS J. PEREDA ESPESO, Reflexiones sobre modelos matemáticos y decisión jurídica. JOSÉ I. LACASTA ZABALA, Decisión judicial e incidente de recusación por motivos ideológicos. Consideraciones sobre la imparcialidad política del juez. JUAN DAMIÁN TRAVERSO, La decisión administrativa. JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, Decisión jurídica y argumentos de autoridad. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Notas sobre la aplicación del Derecho. – II. ESTUDIOS. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, El darwinismo social: Espectro de una ideología. ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Moral y política. EDUARDO NOVOA MONREAL, Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado. VLADIMIRO LANSORFF GALAGANE-BROWN, El derecho natural hoy: Ética y economía. MODESTO SAAVEDRA, La libertad de información y la ordenación jurídica de la televisión: El ejemplo alemán. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Nota sobre la justicia. LUCIANO BARCI MARTÍN, El Derecho Natural de Graciano. JAVIER HERVADA XIBERTA, Lo nuevo y lo viejo en la hipótesis «etiámsi daremus» de Grocio. ALFONSO RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Algunas consideraciones sobre la necesidad del derecho subjetivo en L. Duguit. ANTONIO SERRANO GONZÁLEZ, Michel Foucault: El derecho y los juegos de verdad.

VOLUMEN II (1985)

I. DERECHO, PAZ, VIOLENCIA. NORBERTO BOBBIO, El equilibrio del terror. JÜRGEN HABERMAS, Derecho y violencia. MARTÍN KRIELE, Política de paz en la encrucijada. ALBERT CASAMIGLIA, De nuevo sobre la guerra y la cooperación. JESÚS BALLESTEROS, Paz, desarme, libertad: Obstáculos económicos e ideológicos. F. JAVIER DE LUCAS MARTÍN, La noción de defensa y la crisis de legitimidad. JOSÉ M. ROJO SANZ, Monopolización del poder, objeción de conciencia y consecución de la paz. JOAQUÍN HERRERA FLORES, Presupuestos para una consideración de la paz como valor jurídico. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, La paz como valor constitucional. RAMÓN SORIANO, La paz y la Constitución española de 1978. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, Reflexiones sobre el problema actual de la guerra y de la paz internacional. CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Aproximaciones sobre el desarme y la no-violencia. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, El derecho de la paz en la escuela española del derecho natural. JOSÉ M. ROMERO MORENO, El ideal de la paz perpetua en Kant. – II. ESTUDIOS. GUIDO CALABRESI, Sobre los límites de los análisis no económicos del Derecho. MIGUEL ÁNGEL RODILLA, Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza. ANDRÉS OLLERO, Positividad jurídica e historicidad del Derecho. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Teorías del sistema jurídico y concepto de derecho. FERNANDO GALINDO, Democracia, razón y derecho. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Presupuestos del fenómeno jurídico en la crítica marxista del derecho. EDUARDO DÍAZ-OTERO HERRERO y JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERES, Gioele Solari, entre la crisis de la metodología jurídica racionalista y la génesis de la ideología social en el Derecho. ISMAEL PEIDRO PASTOR, El sentimiento de lo justo en Unamuno.

VOLUMEN III (1986)

I. METODOLOGÍA JURÍDICA. KARL ENGLISH, Sentido y alcance de la sistemática jurídica. JOSEF ESSER, La interpretación. ALBERT CALSAMIGLIA, Sobre la utilidad de las metodologías externas para la jurisprudencia. MANUEL CALVO GARCÍA, Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador. FRANCISCO JAVIER EZQUIAGA GANUZAS, El argumento a contrario en la jurisprudencia constitucional. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Del método jurídico a las teorías de la argumentación. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Métodos jurídicos. ANTONIO M. HESPANHA, A historiografía jurídico-institucional e a «morte do Estado». FRANCISCA PUIG-PELAT MARTÍ, Sobre la Ciencia y el Derecho y el discurso racional.—II. ESTUDIOS. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, El neokantismo jurídico-axiológico. JOHANES-MICHAEL SCHOLZ, La reterritorialización contemporánea del Derecho civil español. FRANCISCO CARPINTERO, *Naturrecht* y *Rechtsphilosophie*. ÁNGELES LÓPEZ, Consideraciones históricas del kantismo en España. RAMÓN SORIANO, La oposición a la ilustración: Fréron y L'Année Littéraire. RAFAEL GONZÁLEZ TABLAS Y SASTRE, Necesidades y valores. Su fundamentación antropológica mediante una explicación heurística.

VOLUMEN IV (1987)

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD A FINES DEL SIGLO XX. ESPERANZA GUIJÁN, Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Reflexiones sobre la igualdad material. JESÚS I. MARTÍNEZ GARCÍA, Justicia e igualdad en Luhmann. FRANCISCO PUY, Las fórmulas del principio de igualdad. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Sobre la igualdad de la Constitución española. MANUEL ESCAMILLA CASTILLO, Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham. DAMIÁN SALCEDO MEGALÉS, La fundamentación normativa de un principio igualitarista.—II. IHERING, HOY. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Rudolf von Ihering y el problema del método jurídico. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, Rudolf von Ihering.—III. ESTUDIOS. ALF ROSS, Autobiografía intelectual. ANA RUBIO CASTRO, Teoría del derecho y derecho subjetivo en Alf Ross. ROBERTO J. VERNENGO, Derecho y lógica: Un balance provisorio. VICTORIA ITURRALDE SESMA, Una aproximación al tema de las antinomias normativas: Problemas relativos a la identificación de las mismas. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Teoría pura y teoría egológica del derecho. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Los valores superiores. ANDRÉS OLLERO TASSARA, La Constitución: Entre el normativismo y la axiología. JOAQUÍN HERRERA FLORES, Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos. LUCIANO BARCIA MARTÍN, Derecho de libertad religiosa en España después de la Constitución. JOSEP M. VILAJOANA RUBIO, El aparato conceptual de C. B. Macpherson: Poder y propiedad. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, La independencia y autonomía del individuo: Los orígenes de la «persona jurídica». ISMAEL PEIDRO PASTOR, Aplicación al campo jurídico de las ideas de persona, personidad y personalidad de Zubiri. JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ, El problema del derecho natural en J. J. Rousseau. JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Filosofía del derecho y compromiso político: Alfredo Mendizábal (1897-1981).

VOLUMEN V (1988)

I. SITUACIÓN ACTUAL DE LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO. 1. TEORÍA Y MÉTODOS DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. RENATO TREVES, A la búsqueda de una definición de la Sociología del derecho. CSABA VARGA, Teorías macrosociológicas del Derecho. Panorama y valoración. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Notas propedéuticas para una Teoría Sociológica del Derecho. 2. SOCIOLOGÍA JURÍDICA APLICADA. TERCIO SAMPAIO FERRAZ, J. R. Derecho oficial y Derecho inoficial. Ensayo sobre la diversidad de universos jurídicos temporal y especialmente concomitantes. JOSÉ JUAN TOHARIA, Los españoles y la ley. ROBERTO BERGALLI, El control penal en el marco de la Sociología Jurídica. JUAN J. RUIZ-RICO Y MERCEDES VERA PADIAL, Juez, Poder Judicial y Administración de Justicia en la élite jurídica española. M. J. AÑÓN, E. BEA, C. LÓPEZ, J. DE LUCAS Y E. VIDAL, Las asociaciones profesionales en el ámbito de la Administración de Justicia (jueces, magistrados y fiscales). 3. CLÁSICOS Y CONTEMPORÁNEOS DE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA. MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE, Tensión y distinción entre la Sociología del Derecho y la Dogmática jurídica en la obra de Max Weber: Un problema metodológico. CARLOS ALARCÓN CABRERA, El derecho como tipo de ordenamiento social en Theodor Geiger. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Sociología sistemática y política legislativa.–II. DOS SIGLOS DE LA «CRÍTICA DE LA RAZÓN PRÁCTICA». ESPERANZA GUISÁN, Necesidad de una crítica de la razón pura práctica.–III. ESTUDIOS. NEIL McDORMICK, Los derechos de los niños: Una prueba de fuego para las teorías de los derechos. FERNANDO GALINDO, Autopoiética, ¿hermenéutica renovada? Sobre el método en la construcción de una teoría del derecho. VICTORIA ITURRALDE SESMA, Análisis de algunas cuestiones relativas al problema de las lagunas jurídicas. FRANCISCO CARPINTERO, La modernidad jurídica y los católicos. LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Racionalismo crítico. Humanismo y Democracia en Karl K. Popper.

VOLUMEN VI (1989)

I. REVOLUCIÓN LIBERAL Y DERECHO (1789-1989). 1. REVOLUCIÓN FRANCESA. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Pierre Bayle y la ideología de la Revolución. NORBERT BILBENY, Kant y la Revolución Francesa. Refutación del derecho de resistencia civil. JOSÉ MONTOYA SÁENZ, Rousseau y los Derechos del Hombre. FRANCISCO PUY, Los derechos en la Declaración de 1789. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa. JAVIER DE LUCAS, Sobre la ley como instrumento de la certeza en la Revolución de 1789. El modelo de Code Napoleón. JESÚS GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, Libertad, igualdad, fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848). 2. LA REVOLUCIÓN EN ESPAÑA. MARIANO PESET, Motivos y causas de la Revolución en España. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, Las raíces filosófico-jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Ilustración y legislación. Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos. MONTSERRAT FIGUERAS PAMIÉS, La revolución en Cataluña. Ideas jurídicas de Ramón Martí de Eixalá. 3. LA UTOPIA IRREALIZADA. JOSÉ CARRACEDO, La inconsistencia del modelo democrático liberal. AGUSTÍN SQUELLA, Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia. PEDRO FRAILE, Estado e individuo. Delito y prevención.–II. ESTUDIOS. MANUEL SEGURA ORTEGA, El problema de las lagunas en el derecho. CARLOS ALARCÓN CABRERA, En torno a la lógica deóntica del último Kelsen.

ENRIQUE BOENTE PERALES, Tugendhat contra Rawls y Habermas. JOSÉ JUAN MORENO MATEOS, Cinco diferencias entre Bentham y Austin. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Restauración tomista y catolicismo militante en la Universidad de Sevilla (1884-1924).

VOLUMEN VII (1990)

I. LEGITIMACIÓN DE LA DEMOCRACIA. GILBERTO GUTIÉRREZ, El trauma moral de la democracia en la vida cotidiana. E. QUESADA, F. COLOM, J. M. HERNÁNDEZ, La formación de la soberanía democrática: Entre el mito de la autoidentidad y las virtudes políticas. ERNESTO JAIME VIDAL GIL, Paradojas de la democracia. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, El legado democrático de Rousseau en la crisis actual. URBANO FERRER SANTOS, Implicaciones ético-políticas de los planteamientos contractualistas modernos. JOSÉ MARÍA ROJO SANZ, Higler Law, pactum uniones y pactum socialis.. JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO, La crisis del principio de legalidad: La imagen jurídica-formal y la realidad material del funcionamiento de la Administración. FRANCISCO JAVIER DE LUCAS MARTÍN, Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad. FERNARDO GALINDO, Jueces y Democracia. Criterios para una actividad judicial democrática. ROBERTO BERGALLI, Forma-Estado, formas del Derecho y cuestiones de la Democracia: Un caso para el análisis. FRANCISCO PUY, En torno a la dicotomía democracia-demagogia. LUIS GARCÍA SAN MIGUEL, Democracia y Derechos Humanos en la Sociedad Post-Industrial.—II. ESTUDIOS. 1. DERECHO: FILOSOFÍA, TEORÍA. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, La Sociedad y el Derecho. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Algunas consideraciones sobre la filosofía del derecho y su posible sentido actual. ÁNGELES LÓPEZ MORENO, El lugar de la moderna teoría jurídica. JOSÉ JUAN MORESO, Ciencia jurídica y dualismo metodológico. MANUEL SEGURA ORTEGA, Sobre la noción de validez. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Nuevas consideraciones sobre la paradoja de Ross. 2. DE LA MODERNIDAD. RAINER SPECHT, Derecho natural español. Clasicismo y modernidad. EMILIO MIKUNDA FRANCO, J. Lipsio: neoestoicismo, ius-naturalismo y derechos humanos. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, Poder y derecho. La modernidad ante la resistencia a la injusticia. 3. RETORNO ANGLOSAJÓN. JOHN CHRISTIAN LAURSEN, David Hume y el vocabulario político del escepticismo. MARÍA ELÓSEGUI, El derecho del ciudadano a la participación en la vida política en Hume. Smith y la ilustración escocesa. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Thomas Jefferson y el problema de la esclavitud. LOURDES GORDILLO, Una teoría utilitaria de la Justicia. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítico: H. L. A. Hart.

VOLUMEN VIII (1991)

I. ESPAÑA Y AMÉRICA, AYER Y HOY (1492-1992). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, El reencuentro entre España y América (1492-1992) en clave de Filosofía del Derecho. JAIME BRUTAU PRATS, La conquista del Nuevo Mundo a la luz de la doctrina de la escuela salmantina sobre la guerra justa. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, La doctrina colonial de Francisco de Vitoria, legado permanente de la Escuela de Salamanca. ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Ética y política en las Leyes de Indias del siglo XVI. ALFREDO CRUZ PRADOS, Para un concepto de «guerra» de una filosofía de «paz». Actualidad del pensamiento de Vitoria. WOLF PAUL, Los derechos del indio –ayer y hoy–. JAVIER DE LUCAS, España en el 92: ¿De refugio a fortaleza? FRANCISCO PUY, América en la conciencia gallega ante el Quinto Centenario.—II. ESTUDIOS. 1. ANÁLISIS DEL DERECHO.

NEIL MACCORMICK Y ZENON BANKOWSKI, La teoría de los actos de habla y la teoría de los actos jurídicos. VICTORIA ITURRALDE, Sobre el concepto y tipología de las reglas constitutivas. 2. PENSAMIENTO JURÍDICO. SALVADOR RUS RUFINO Y MARÍA ASUNCIÓN SÁNCHEZ MANZANO, Comentario al texto «Anónimo sobre la ley». MERCEDES CARRERAS, La presencia del Derecho en la obra de Vifredo Pareto. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA, Un orteguiano en la corte de la escolástica: Salvador Lisarrague Novoa. 3. DERECHOS HUMANOS. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, Las teorías de los derechos morales: Algunos problemas de concepto. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, «Precursores» en la defensa de los derechos de las mujeres. 4. FILOSOFÍA POLÍTICA. RAFAEL HERRANZ CASTILLO, Notas sobre el concepto de violencia política. LOURDES GORDILLO, Pragmatismo e ideología política. FRANCISCO CASTILLA URBANO, Walter Benjamín: Una filosofía de la historia entre la política y la religión.—III. IN MEMORIAM: FELIPE GONZÁLEZ VICÉN (1908-1991). JUAN JOSÉ GIL CREMADES, Una correspondencia y un artículo inédito. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva.

VOLUMEN IX (1992)

I. MUJER, PODER, DERECHO. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. ROBERTO BERGALLI Y ENCARNA BODELÓN, La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. MARÍA ÁNGELES BARKEKE UNZUETA, Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del Derecho feminista? MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, Los derechos de la mujer keniana: conflicto entre Derecho estatutario y Derecho consuetudinario. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Mujer, poder, Derecho. Una posible interpretación. FRANCISCO PUY, El tópico «mujer» en perspectiva Galicia/1992. ESPERANZA GUIÁN, Autonomía moral para las mujeres: un reto histórico. ANTONIO GIMÉNEZ MERINO, Una nota sobre la emancipación sexual: el feminismo y otras disidencias. MILAGROS OTERO PARGA, El concepto de poder y su relación con la mujer.—II. ESTUDIOS. 1. TEORÍA JURÍDICA. MARÍA JOSÉ FARINAS DULCE, Filosofía del Derecho «versus» teoría del Derecho. TERESA PICONTO NOVALES, Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho. 2. VALORES JURÍDICOS. JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA, El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser. JOSÉ MARÍA ROSALES, Virtualidades y límites de la política institucional. ¿Es suficiente el sistema de partidos? ESPERANZA FERRANDO NICOLAU, El derecho a una vivienda digna y adecuada. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. JOSÉ J. MEGÍAS QUIRÓS, De la facultad moral a la cualidad moral: el derecho subjetivo en la Segunda Escolástica tardía. FRANCISCO CARPINTERO, Historia y justicia según los juristas de formación prudencial. JOSÉ LÓPEZ FERNÁNDEZ, La fundamentación del derecho en Kant. RAMÓN MACÍA MANSO, El derecho y su relación con la moral según la teoría de J. A. Fichte. SALVADOR RUS RUFINO, Blas Ramos Sobrino en su centenario: perfil humano e intelectual.

VOLUMEN X (1993)

I. DERECHO Y ESTADO ENTRE NEOLIBERALISMO Y SOCIALDEMOCRACIA. JOSÉ MONTOYA, PILAR GONZÁLEZ ALTABLE, Estado, Derecho y Libertad según F. A.

Hayek. MARÍA ELÓSEGUI ITXASO, El contractualismo constitucionalista de James Buchanan. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Igualdad, diferencia y desigualdad. A propósito de la crítica neoliberal de la igualdad. FRANCISCO PUY, La socialdemocracia y su parentela ideológica. ERNESTO J. VIDAL GIL, Sobre los derechos de solidaridad. Del Estado liberal al social y democrático de Derecho. EMILIA BEA PÉREZ, Los derechos sociales ante la crisis del Estado del bienestar. JOSÉ MARÍA ROSALES, Europa y la esperanza del orden: la democracia más allá de las coordenadas de la Unión Europea. JOSÉ LUIS SERRANO MORENO, Ecología, Estado de Derecho y Democracia.-II. ESTUDIOS. 1. SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Concepto de la Filosofía del Derecho, MARINA GASCÓN ABELLÁN, Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica. FERNANDO GALINDO, JOSÉ ÁNGEL MORENO, JOSÉ FÉLIX MUÑOZ, El concepto de Derecho. De la argumentación a la comunicación. FRANCISCO GARRIDO PEÑA, Notas sobre la asignatura de la Teoría del Derecho como hografía crítica de la ley. 2. DERECHO Y LENGUAJE. ROBERTO J. VERNENGO, Deberes descriptivos y deberes prescriptivos. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Nuevos materiales para una semántica del lenguaje normativo: lecturas deónicas de una paradoja lógica de Lewis Carroll. GIUSEPPE ZACCARÍA, Entre hermenéutica y analítica: del contraste a la colaboración. CARLOS I. MASSINI CORREAS, Lenguaje de las normas y Derecho Natural. Consideraciones sobre Georges Kalinowski y la semántica normativa. 3. DERECHO Y VALORES. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, A vueltas con la desobediencia. Notas sobre las tesis de González Vicén y sobre algunas críticas. JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, El iusnaturalismo de John Finnis. 4. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, En torno al paradigma conservador. Modelo mágico y fantástico (J. de Maistre y J. L. Borges). MANUEL SEGURA ORTEGA, El movimiento de Derecho libre. SALVADOR RUS RUFINO, Un incorregible ágrafo: Laureano Díez Canseco Berjón (1860-1930). BENJAMÍN RICAYA GARCÍA, Introducción a la filosofía jurídica de Salvador Lissarrague.

VOLUMEN XI (1994)

I. UNIVERSALIDAD Y RELATIVISMO DE LOS VALORES JURÍDICOS. ENRIQUE LÓPEZ CASTELLÓN, Contextualismo ético y relatividad de la justicia. PEDRO FRANCÉS GÓMEZ, Sobre la única vía posible para el universalismo ético y jurídico. ESPERANZA GUIJÁN, Los límites éticos de la democracia. FRANCISCO PUY, Sobre la antinomia universalidad-relativismo. ANDRÉS OLLERO, Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos. JULIO SEOANE PINILLA, La Ley sin mayúsculas. Diez avisos. ERNESTO J. VIDAL GIL, De lo justo general a lo justo concreto. Notas para una teoría de la justicia. ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Principio de equiparación y principio de diferenciación. Su articulación práctica. VICENTE BELLVER CAPELLA, La solidaridad ecológica como valor universal. MARÍA TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, Justicia y diferencia. CARIDAD VELARDE QUEIPO DE LLANO, Apuntes sobre el fundamentalismo a la luz del integrismo musulmán.-II. ESTUDIOS. 1. DERECHO, ÉTICA Y POLÍTICA. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, C. S. Nino y los derechos morales. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Notas sobre la igualdad. ROBERTO GARGARELLA, Crisis de representación, deliberación y «political correctness». ENRIQUE BOENTE PERALES, Del peso de la libertad al pluralismo político-moral. Interpretación evolutiva de Isaiah Berlin. CARMEN DE LA MONTAÑA FRANCO, La moralidad pública como límite a la libertad de expresión. ÁNGELES LÓPEZ MORENO, Bioética para juristas. MONSERRAT FIGUE-

RAS, ANTONIO EZQUERRA, FRANCISCO SARRAGA, Conflicto entre Ciencia, Ética y Derecho en el proyecto genoma humano. 2. CIENCIA DEL DERECHO. HANS-PETER SCHWINTOWSKI, Estructuras básicas de sistemas de regulación óptimos. Un concepto que une las ciencias naturales y las ciencias filosóficas. MARIO RUIZ SANZ, El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Definiciones en el Derecho. AMEDEO G. CONTE, Forma performativa. FRANCISCO JOSÉ DÍEZ AUSÍN, Conflictos normativos y análisis lógico del Derecho. JOSEP AGUILÓ REGLA, La derogación en pocas palabras. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Soberanía, Constitución y Derechos en los orígenes de la Revolución norteamericana. FRANCISCO CARPINTERO, Las canas de Kant. ANA LLANO TORRES, Rafael Rodríguez de Cepeda y Marqués: un filósofo del Derecho español del s. XIX. BENJAMÍN RIVAYA GARCÍA, Personalismo, democracia cristiana y Filosofía del Derecho: Alfredo Mendizábal Villalba. DAVID SÁNCHEZ RUBIO, Enrique Dussel: el lenguaje tecnológico como mecanismo encubridor del trabajo vivo. Su prioridad axiológica y jurídica.

VOLUMEN XII (1995)

I. DERECHO Y ÉTICA ANTE LA VIDA Y LA MUERTE. CARLOS MARÍA CASABONA, Consideraciones jurídicas sobre las técnicas genéticas. MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, Perfil general del Derecho médico. VICENTE BELLVER CAPELLA, Ecología, Políticas demográficas y Derechos humanos. JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, Eutanasia y Derecho. MARÍA TERESA LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE, Principios secundarios y muerte digna. EVARISTO J. VIDAL GIL, Límites, notas y garantías de los Derechos fundamentales. La sentencia 215/1997 (TC) sobre la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica. JOSÉ GARCÍA AÑÓN, La Defensa de la Pena de Muerte y el Derecho a la Vida en John Stuart Mill.–II. ESTUDIOS. 1. FILOSOFÍA DEL DERECHO, MORAL Y POLÍTICA. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG, Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, Sobre las relaciones y las funciones recíprocas entre Derecho y Moral. ÁNGEL CUENCA, Objeción de conciencia: Reflexión ética. ALFONSO DE JULIO CAMPUZANO, Individualismo y modernidad. Una lectura alternativa. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías de acceso al reconocimiento de la igualdad. URBANO FERRER, La acción anónima y el sentido (de Weber a Schutz y Habermas). 2. TEORÍA DEL DERECHO. CARLOS ALARCÓN CABRERA Y ANDREA ROSSETTI, Validez y heticidad. MANUEL SEGURA ORTEGA, La imperatividad del Derecho. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, La concepción estándar y la concepción realista del Derecho. JUAN JOSÉ MORESO, La construcción de los conceptos en la ciencia jurídica. MILAGROS OTERO PARGA, La arbitrariedad. VICTORIA ITURRALDE, Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de «civil law»: el caso español. 3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO. FRANCISCO CASTILLA URBANO, El concepto de «estado de naturaleza» en la escolástica española de los siglos XVI y XVII. FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS PELÁEZ, La razón de los Ilustrados. ANA LLANO TORRES, Luis Mendizábal Martín (1859-1931): su concepción del Derecho y de la Ciencia del Derecho Natural. JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA, El positivismo jurídico en España: D. Pedro Dorado Montero. ANDREA GREPPI, Derecho, poder, estructura y función (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio). LEONOR SUÁREZ LLANOS, Un comunitarismo para R. Dworkin. SALVADOR RUS RUFINO, La justicia como deci-

sión negociada. Introducción al pensamiento de Bruce A. Ackerman. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, La actitud marxista ante el Estado social.-III. IN MEMORIAN. JESÚS BALLESTEROS, José Corts Grau (1905-1995).-IV. DEBATES. JOSÉ LUIS SERRANO, JOSÉ LUIS SOLANA, FRANCISCO GARRIDO Y ANTONIO M. PEÑA, Ecologismo personalista: ecos de premodernidad. JESÚS BALLESTEROS, VICENTE BELLVER, ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ Y ANTONIO LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, Las razones del ecologismo personalista. BENITO DE CASTRO CID, Caracterización y fundamentación de los derechos sociales. Reflexiones sobre un libro de F. J. Contreras. FRANCISCO J. CONTRERAS PELÁEZ, Derechos sociales y necesidades. Respuesta al profesor De Castro. PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, Sobre el análisis económico del Derecho. PEDRO MERCADO PACHECO, Respuesta a la profesora Paloma Durán. FERNANDO GALINDO, Actividades frente a normas. ROBERT ALEXY, Respuesta a F. Galindo.-V. INFORMACIONES. El utilitarismo contemporáneo como teoría aplicable. II Encuentro Iberoamericano de Estudios Utilitaristas. Breve reseña sobre las XV Jornadas de Filosofía Jurídica y Social. XVII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social. Reunión del Comité de Investigación de Sociología del Derecho de la Asociación Internacional de Sociología (1995).-VI. CRÓNICA BIBLIOGRÁFICA. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Crónica Bibliográfica 1995.-VII. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. MARGARITA BELADIEZ ROJO, Los principios jurídicos (Joaquín R. Toubes Muñiz). NORBERTO BOBBIO, Il dubbio e la scelta. Intelletuali e potere nella società contemporanea (Fernando H. Llano Alonso). MANUEL CALVO GARCÍA, La teoría de las pasiones y el dominio del hombre (genealogía de la hermenéutica del control social) (José Ignacio Lacasta). AMEDEO G. CONTE, Filosofia del linguaggio normativo.-II. Studi 1982-1994 (Carlos Alarcón Cabrera). JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO, La Constitución como proceso y la desobediencia civil (Rafael Herranz Castillo). WILLIAM W. FISHER III Y OTROS (eds.). American legal realism (Félix Francisco Sánchez Díaz). JOSÉ IGNACIO LACASTA ZABALZA, Georges Sorel en su tiempo (1847-1922) (Teresa Picontó Novales). FRIEDRICH MÜLLER, Strukturierende Rechtslehre (Antonio Enrique Pérez Luño). LYGIA NEGRIE-DORMONT Y STAMATIOS TZITZIS, Criminologie de l'acte e philosophie pénale. De l'ontologie criminelle des Ancies à la victimologie appliquée des Modernes (José Calvo González). ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Consentimiento, Democracia y Obligación política (Nora Marfía Martínez Yáñez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, El desbordamiento de las fuentes del derecho (Carlos Alarcón Cabrera). DEREK L. PHILIPS, Looking Backward. A Critical Appraisal of Communitarian Thought (María Leonor Suárez Llanos). JOHN RAWLS, Political Liberalism (Salvador Rus Rufino). MANFRED REHBINDER Y ULRICH DROBNIG, Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht (Félix Francisco Sánchez Díaz).

VOLUMEN XIII (1996)

I. HACIA EL ESTADO CONSTITUCIONAL: UN DEBATE. MARINA GASCÓN ABELLÁN, Presentación: la concepción del Derecho en «El Derecho dúctil». Enoch Alberti, El derecho por principios: algunas precauciones necesarias (debate sobre «El Derecho dúctil» de Gustavo Sagrebelsky. Perfecto Andrés Ibáñez, No conviene «matar» al «notario». A propósito de jurisdicción y Derecho dúctil (en España). ROBERTO L. BLANCO VALDÉS, La ley y el legislador. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, ¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA, El no positivismo principialista en Il diritto mite de Gus-

tavo Zagrebelsky. RICCARDO GUASTINI, Derecho dúctil, Derecho incierto. LUIS PRIETO SANCHÍS, El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky). ALFONSO RUIZ MIGUEL, Del dúctil derecho a la virtuosa necesidad.–II. ESTUDIOS. CARLOS ALARCÓN CABRERA, Hacia un *tractatus deóntico-philosophicus*. ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO, A vueltas con la justicia. Una reflexión sobre posmodernidad y comunitarismo. FERNANDO H. LLANO ALONSO, La armonización del Derecho y la justicia en el pensamiento jurídico-político de Guido Fassò. JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA, La justicia paradójica de Emmanuel Lévinas. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, Libertad y Estado en la teoría neoliberal. JOSÉ MANUEL PANEA MÁRQUEZ, Soberanía, obediencia y *salus populi* en Thomas Hobbes. JOSÉ MARÍA ROSALES, Política, ciudadanía y pluralismo: un argumento sobre las transformaciones de la esfera pública democrática. ÁNGELA APARISI MIRALLES, Igualdad y discriminación genética. VICENTE BELLVER CAPELLA, El movimiento por la justicia ambiental: entre el ecologismo y los derechos humanos. JUANA MARÍA GIL RUIZ, Reflexiones jurídicas sobre un reto de futuro: la maternidad.–III. DEBATES. PABLO DE LORA, Sobre la justicia constitucional. Reflexiones a partir del libro de Roberto Gargarella (La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial). ROBERTO GARGARELLA, Comentarios sobre el comentario de Pablo de Lora. IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG, El positivismo jurídico neoinstitucionalista. (Una aproximación) (José Calvo González). JOHN AUSTIN, The province of jurisprudence determined (Isabel Turégano Mansilla). MIGUEL AYUSO TORRES, La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada (Benjamín Rivaya). JOSÉ CALVO GONZÁLEZ, Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho (José María Rosales). MARÍA CASADO GONZÁLEZ, La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos (Ana María Marcos del Cano). AMADEO G. CONTE, CARLOS ALARCÓN CABRERA, Deóntica de la validez (Victoria Iturralde Sesma). NEIL DUXBURY, Patterns of American Jurisprudence (Félix Francisco Sánchez Díaz). VITTORIO FROSINI, La letra y el espíritu de la ley (Fernando H. Llano Alonso). EMMANUEL MOUNIER, Obras completas (M. Leonor Suárez Llanos). LLUÍS PEÑUELAS I REIXACH, La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado (Nora M. Martínez Yáñez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Manual de Informática y Derecho (Nora M. Martínez Yáñez). JOSÉ RUBIO CARRACEDO, Educación moral, postmodernidad y democracia. Más allá del liberalismo y del comunitarismo (José L. del Barco). JOHN HENRY SCHLEGEL, American Legal Realism & Empirical Social Science (Félix Francisco Sánchez Díaz). JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN, La teoría de la tolerancia en John Locke (José María Lassalle). STAMATIOS TZITZIS, La Philosophie Pénale (José Calvo González).–V. NECROLÓGICA. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Francisco Tomás y Valiente: Una evocación prospectiva. EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA, José Luis López Aranguren, 1909-1996.

VOLUMEN XIV (1997)

I. PONENCIAS DE LAS XVI JORNADAS DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL SOBRE «PERSPECTIVAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL», TOLEDO, 20 Y 21 DE MARZO DE 1997. MANUEL ATIENZA, Estado de Derecho, argumentación e interpretación. ALBERT CALSAMIGLIA, Teoría del participante «versus» teoría general del Derecho: una aproximación. ANDRÉS OLLERO TASSARA, Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ,

Ética pública-Ética privada. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Estado constitucional y derechos de la tercera generación. ALFONSO RUIZ MIGUEL, Derecho y punto de vista moral.-II. ESTUDIOS. 1. Estudios de Teoría del Derecho. CRISTINA GARCÍA PASCUAL, Notas sobre creación e interpretación del Derecho. Jueces, profesores y legisladores. MILAGROS OTERO PARGA, Notas sobre la estabilidad del ordenamiento jurídico. MARIO RUIZ SANZ, De la ciencia de la legislación hacia la técnica legislativa. SUSANA SÁNCHEZ FERRO, Analogía e imperio de la ley. 2. Estudios sobre Justicia y Derechos. MARÍA ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración? CRISTINA HERMIDA DEL LLANO, Sobre el ámbito de la privacidad de la sociedad civil. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN, Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones. JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO, La Justicia social como correctora de la justicia protectiva. JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Tolerancia de la objeción de conciencia sobrevenida. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, La teoría rawlsiana de la justicia internacional: maximalismo en la justificación, minimalismo en la universalización. 3. Estudios de Historia del Pensamiento Jurídico. ROGER CAMPIONE, Introducción al pensamiento de Alessandro Passerin d'Entrèves. JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, Ernst Fuchs y la doctrina del Derecho libre. FRANCISCO SERRA GIMÉNEZ, El pensamiento filosófico-jurídico y político de Ernst Bloch. 4. Estudios de Filosofía Política. PILAR ALLEGUE, En torno a la soberanía. ¿Soberanía, antinomia de la diversidad cultural? XACOB E BASTIDA FREIXEIDO, Los hijos del Lord o el anti-Kedourie. Apuntes sobre la teoría antinacionalista. MARÍA LEONOR SUÁREZ LLANOS, El riesgo neorristotélico.-III. DEBATES. RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN, Réplica a los «Presupuestos ontológicos del Derecho», de Daniel González Ligier. DANIEL GONZÁLEZ LIGIER, De nuevo sobre la concepción estándar y la concepción realista del Derecho (respuesta a la réplica de Rafael Hernández Marín). BENJAMÍN RIVAYA, Filosofía del Derecho, derechos humanos y franquismo. RICARDO GARCÍA MANRIQUE, Filosofía del Derecho, derechos humanos y franquismo: respuesta a Benjamín Rivaya.-IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. J. BALLESTEROS Y J. PÉREZ ADÁN (editores). Sociedad y medio ambiente (M.^a Carmen Herrando Pérez). ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución (5.^a ed.) (Carmelo José Gómez Torres). TERESA PICONTO NOVALES, La protección de la infancia. (Aspectos sociales y jurídicos) (Miguel A. Ramos Ulgar). MANUEL PORRAS DEL CORRAL, Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos (Ángela Aparisi Miralles). LUIS PRIETO SANCHÍS (coordinador), Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos (José Luis Solana Ruiz). PEDRO RIVAS PALÁ, Justicia, Comunidad, Obediencia. El pensamiento de Sócrates ante la Ley (Antonio Luis Martínez Pujalt).

VOLUMEN XV (1998)

I. EN EL L ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. 1. F. JOSÉ AUSÍN y LORENZO PEÑA: Derecho a la vida y eutanasia: ¿acortar la vida o acortar la muerte? 2. BENITO DE CASTRO CID: Retos de la configuración sistemática de los derechos económicos, sociales y culturales. 3. JESÚS GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI: ¿Son los derechos humanos universales? 4. VALLE LABRADA RUBIO: En los derechos humanos el principio de igualdad limita el ejercicio de la libertad. 5. ANTONIO E. PÉREZ LUÑO: Sobre la universalidad de los derechos humanos. 6. JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ PANIAGUA: Los derechos humanos del individualismo a la ética de la responsabilidad (Un poco de clarificación). 7. ÁNGELES SOLANES CORELLA: Una respuesta al rechazo racista de la inmigración: la interculturalidad.-II. ESTUDIOS. 2.1. Estudios de Teoría

del Derecho. 1. XACOBE BASTIDA FREIXEDO: Ortega y el Estado. 2. NATHALIE GONZÁLEZ LAJOIE: El pluralismo jurídico en Carbonnier. 3. VICTORIA ITURRALDE SESMA: Consideración crítica del principio de permisión según el cual «lo no prohibido está permitido». 4. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: Incidencia de la seguridad jurídica en la estructura y forma lógica de la norma jurídica. 5. MARÍA LOURDES SOUZA: Del uso alternativo del Derecho al garantismo: una revolución paradójica. 6. JUAN CARLOS VELASCO ARROYO: El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas. 2.2. Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política. 1. ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO: Repensando el neoliberalismo: ¿Quién habló de unidad? 2. RICARDO GARCÍA MANRIQUE y BENJAMÍN RIVAYA: Cronología comparada de la Filosofía del Derecho Española durante el franquismo.—III. DEBATES. 1. RUTH MESTRE. Derecho y género. A propósito de El feminisme com a crítica de Neus Campillo. 2. NEUS CAMPILLO. Respuesta al comentario de Ruth Mestre sobre El feminisme com a crítica. 3. RUTH MESTRE. Respuesta a Neus Campillo. 4. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA. Acerca de la indeterminación del Derecho (Una vigilia con José Juan Moreso). 5. JOSÉ JUAN MORESO. La vigilia y la interpretación constitucional. A modo de réplica a Alfonso García Figueroa.—IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. ALBERT, H. Kritik der reinen Hermeneutik. Der Antirealismus und das Problem des Verstehens, Tübingen, Mohr, 1994 (J. Vega López). 2. BETEGÓN, J.; GASCÓN, M.; PÁRAMO, J. R.; PRIETO, L., Lecciones de Teoría del Derecho, Madrid, McGraw-Hill, 1997 (Q. Tejada Gorráiz). 3. BRETT, A., Liberty, Right and Nature. Individual Rights in Later Scholastic thought, Cambridge University Press, 1977 (M. J. Rodríguez Puerto). 4. CANARIS, C. W., Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas, Madrid, Cívitas, 1995 (J. Vega López). 5. COTTA, S., Soggetto umano, soggetto giuridico, Milano, Giuffré, 1997 (N. Martínez Yáñez). 6. DÍAZ-OTERO, E. y OLIVAS, E., Metafísica e historicidad de los derechos subjetivos, Madrid, Dykinson, 1997 (J. L. Muñoz de Baena). 7. DÍAZ, E., Curso de Filosofía del Derecho, Madrid, Barcelona, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998, 205 pp. Estado de Derecho y sociedad democrática, Madrid, Taurus (1.ª ed., 1966), nueva edición, 1998 (Julián Sauquillo). 8. DOBSON, A., Pensamiento político verde. Una nueva ideología para el siglo XXI, Paidós, Barcelona, 1997 (V. Bellver Capella). 9. FROSINI, T. E., Sovranità popolare e costituzionalismo, Milán, Giuffré, 1997 (A. E. Pérez-Luño). 10. PÉREZ-LUÑO, A. E., y ALARCÓN, C. y GONZÁLEZ TABLAS, R., Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica, Madrid, Tecnos, 1997 (M. Albert Márquez). 11. PRIETO SANCHÍS, L., Constitucionalismo y positivismo, México, Fontamara, 1977 (M. E. Rodríguez Palop). 12. QUINTÁS, A. M., Obbligazione politica e governo legittimo, Milán, Giuffré, 1997 (A. E. Pérez-Luño). 13. ROSALES, J. M., Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997 (J. Calvo González). 14. SOMMERMANN, K. P., Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997 (A. E. Pérez-Luño). 15. TRUJILLO, I., La Filosofía del Diritto nel pensiero de F. de Vitoria, Roma, Giapichelli, 1997 (C. Herrando).

VOLUMEN XVI (1999)

I. ESTUDIOS. I.1. Estudios de Teoría del Derecho. 1. PABLO RAÚL BONORINO: *Lógica y Prueba Judicial*. 2. PAOLO DI LUCIA: *Cómo hacer reglas con cosas*. 3. MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA: *Teoría del Derecho, Sociología Jurídica y pseudodisputas*. 4. JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA: *Aporías del Derecho*. 5. CAR-

LOS I. MASSINI CORREAS: *Los principios jurídicos y su objetividad. Consideraciones sobre un debate contemporáneo*. 6. ANTONIO M. PEÑA FREIRE: *Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales*. 7. MANUEL J. RODRÍGUEZ PUERTO: *Ronald Dworkin y la creación judicial del Derecho: una reflexión breve*. 8. PEDRO A. TALAVERA FERNÁNDEZ: *Presupuestos para un reconocimiento jurídico coherente de las uniones homosexuales en España*. I.2. Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política. 1. PILAR ALLEGUE AGUETE: *Pluralismo normativo, soberanía y diversidad cultural*. 2. LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA: *La elasticidad de la «razón de Estado»*. 3. FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG: *La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Ética pública*. 4. DIEGO BETANCOR CURBELO: *La controversia creacionismo-evolución. Perspectiva jurídica*. 5. JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA: *El problema del Derecho Natural en la doctrina historicista del Derecho de F. K. Von Savigny*. 6. JOSÉ LUIS MIRETE NAVARRO: *Derecho de resistencia y Constituciones*. 7. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: *Ontología jurídica en perspectiva histórica*. 8. BLANCA RUIZ: *Cultura del conflicto y diversidad cultural*. 9. MARÍA DE LOURDES SOUZA: *La individualidad postmoderna: una lectura del pensamiento de Pietro Barcellona y Boaventura Sousa Santos*.—II. DEBATES. 1. ASCENSIÓN CAMBRÓN: A propósito del libro de Carlos Lema Añón, *Reproducción, Poder y Derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. 2. CARLOS LEMA AÑÓN: Respuesta a Ascensión Cambrón.—III. CRÍTICA DE LIBROS. 1. APARISI MIRALLES, A.: *El proyecto Genoma Humano: algunas reflexiones sobre sus relaciones con el Derecho* (C. Velarde). 2. BODIN, J.: *Coloquio de los siete sabios sobre arcanos relativos a cuestiones últimas* (D. Blázquez Martín). 3. DE LORA DEL TORO, P.: *La interpretación originalista de la Constitución. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho* (G. Marcilla Córdoba). 4. EZQUIAGA GANUZAS, F. J.: *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional* (Q. Tejada Gorráiz). 5. LOSANO, M. G.: *Renato Treves, sociologo tra il vecchio e il nuovo mondo. Con il regesto di un archivo ignoto e la bibliografía di Renato Treves* (M.^a J. Añón Roig). 6. MENDER, A.: *El Derecho Civil y los pobres*. Versión española realizada por Adolfo Posada. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez 1898. Estudio preliminar de J. L. Monereo Pérez (Ernesto J. Vidal Gil). 7. NUSSBAUM, M. C.: *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»* (E. Bea Pérez). 8. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Saggi di informatica giuridica* (R. González Tablas Sastre). 9. SEGURA ORTEGA, M.: *La racionalidad jurídica* (Sonia E. Rodríguez Bonete). 10. ZOLO, D.: *I signori della pace. Una critica del globalismo giuridico* (C. García Pascual). 11. LACASTA ZABALZA, J. I.: *España uniforme. El pluralismo enteco y des-memoriado de la sociedad española y su conciencia nacional e intelectual* (M.^a José González Ordovás). IV. NOTICIAS. 1. BERNUZ BENÉITEZ, M.^a J., Reseña sobre el Primer Congreso Internacional Derecho y Sociedad (Bilbao, 5 y 6 de febrero de 1999). 2. Noticia de las XVII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (Valencia, 15 y 16 de abril de 1999). 3. Crónica del XIX Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social.—V. NECROLÓGICA. 1. IN MEMORIAM: Antonio Fernández-Galiano Fernández (1926-1999) (B. de Castro Cid).

VOLUMEN XVII (2000)

I. MONOGRÁFICO: Derecho y globalización. 1. FRANCISCO JAVIER CABALLERO HARRIET: *Globalización, Estado y Derecho*. 2. JESÚS LIMA TORRADO: *Globalización y*

Derechos Humanos. 3. JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO: *El poder del Estado y los derechos humanos en el escenario de la globalización*. 4. JUAN JESÚS MORA MOLINA: *Globalización, Derecho y Ciencias Sociales: Hacia una nueva teoría del conocimiento*. 5. XAVIER MONTAGUD MAYOR: *Bases conceptuales de la globalización. Aproximación a un debate*.—II. ESTUDIOS. II.1. Estudios de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho. 1.1 NORBERTO ÁLVAREZ GONZÁLEZ: *Derecho y estética: un intento de comprensión mejor de los valores jurídicos*. 1.2 PABLO RAÚL BONORINO: *¿Cuál es el desafío de Dworkin?* 1.3 ALBERTO BOVINO y CHRISTIAN COURTIS: *Por una dogmática conscientemente política*. 1.4 RAFAEL DE ASÍS ROIG: *De nuevo sobre la relación entre el Derecho y el Poder*. 1.5 AURELIO DE PRADA GARCÍA: *Cuestiones y textos: sobre la enseñanza de la teoría y la filosofía del Derecho*. 1.6 ANGELES GALIANA SAURA: *La relevancia de la técnica legislativa en la elaboración de las leyes: un análisis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre extranjería*. 1.7 JUANA MARÍA GIL RUIZ: *La función judicial: entre la ciencia y el control social*. 1.8 MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA: *La interpretación jurídica en la obra de Riccardo Guastini*. 1.9 LEONOR MORAL SORIANO: *¿Es el Derecho tan normativo? La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico-jurídico*. 1.10 PABLO MIRAVET BERGÓN: *Trabajo y derechos sociales: por una desvinculación posible*. 1.11 JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ: *La demarcación entre teoría y práctica jurídicas*. II.2. Estudios de Historia del Pensamiento y Filosofía Política. 2.1 JOSÉ CALVO GONZÁLEZ: *Doce preludios a la filosofía jurídica y política del siglo XXI*. 2.2 JOSÉ MARÍA GARRÁN MARTÍNEZ: *Algunas reflexiones sobre el Magisterio de la Iglesia Católica sobre los derechos humanos a partir del Concilio Vaticano II*. 2.3 MILAGROS OTERO PARGA: *Reflexiones en torno a los derechos humanos en el Siglo de Oro español*. 2.4 MARÍA OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ: *Las peculiaridades del Derecho inglés desde la mirada de la Europa continental*.—III. DEBATES. 1. JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES: *En defensa del positivismo metodológico (Un comentario a partir de Principios y positivismo jurídico)*. 2. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA: *Respuesta a José Manuel Rodríguez Uribes*. 3. RAFAEL SUSIN BETRAN: *Arañando en la alteridad. La investigación como proceso complejo e intersubjetivo. Reflexiones a partir de un libro de Rafael Aliena*. 4. RAFAEL ALIENA MIRALES: *En respuesta a un lector avisado: Sobre «Adelaida Martínez y el honor de la pobreza»*.—IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. AGUIRRE, M., y RAMONET, I.: *Rebeldes, dioses y excluidos. Para comprender el fin del milenio* (J. A. Martínez). 2. AJA, ELISEO (COORD.) *La nueva regulación de la inmigración en España* (A. Solanes). 3. BELLVER CAPELLA, V.: *¿Clonar? Ética y Derecho ante la clonación humana* (Y. García Ruiz). 4. FERRER ARELLANO, J.: *Metafísica de la relación y de la alteridad. Persona y relación* (J. Morote Sarrión). 5. GARCÍA AMADO, J. A.: *Hans Kelsen y la norma fundamental* (N. González Lajoie). 6. LORINI, G.: *Dimensioni giuridiche dell'istituzionale* (C. Alarcón Cabrera). 7. LLANO, A.: *Humanismo cívico* (R. Ortega Cotarelo). 8. PETTIT, PH.: *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno* (R. Ruiz Ruiz). 9. PICONTO NOVALES, T.: *En las fronteras del derecho. Estudio de casos y reflexiones generales* (R. Susin). 10. ROBLES MORCHÓN, G.: *El Derecho como texto. Cuatro estudios de Teoría Comunicacional del Derecho* (A. Cadenas Iturriozbeitia). 11. RODRÍGUEZ URIBES, J. M.: *Opinión pública. Concepto y modelos históricos* (E. J. Vidal Gil). 12. SÁNCHEZ RUBIO, D.: *Filosofía, Derecho y Liberación en América Latina* (A. Medici). 13. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA: *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación* (L. Souza). 14. TRUYOL SERRA, A.: *La historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 1. *De los orígenes a la Baja Edad Media*, y 2. *Del Renacimiento a Kant* (M. J. Roca). 15. VILLA, V.: *Costruttivismo e teorie del diritto* (S.

Sastre Ariza). 16. VV. AA. (Rabbi-Baldi Cabanillas, R., coord.): *Los derechos individuales ante el interés general. Análisis de casos jurisprudenciales relevantes* (A. M. Marcos del Cano).—V. NOTICIAS. 1. Sobre el Congreso «I filosofi e il diritto» (Facultad de Derecho de la Universidad de Cattania, 8-10 de febrero de 2000) (A. Giménez Merino). 2. Crónica del II Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal. (León, 8 y 9 de junio de 2000) (N. González Lajoie). VI. NECROLÓGICAS. 1. *In memoriam* José F. Lorca Navarrete (P. Badillo O'Farrell). 2. *In memoriam* Albert Calsamiglia Blancafort (1949-2000) (J. De Lucas).

VOLUMEN XVIII (2001)

I. MONOGRÁFICO: La argumentación en la prueba. 1. JOSÉ CALVO GONZÁLEZ: *Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de los hechos disipados)*. 2. RAFAEL DE ASÍS ROIG: *Sobre la motivación de los hechos*. 3. LAURA MIRAUT MARTÍN: *La sentencia judicial entre la recreación y la sustitución de los hechos*. 4. JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN: *Problemas metodológicos en la prueba del dolo*. 5. LORENZO PEÑA GONZALO/TXETXU AUSÍN DÍEZ: *La inferencia de hechos presuntos en la argumentación probatoria*.—II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. 1. JUAN JESÚS AGUIRRE DE LA HOZ: *Hombres y ciudadanos*. 2. CARLOS ALARCÓN CABRERA: *Valores y sentimientos: Un enfoque freudoemotivista*. 3. MARTA ALBERT MÁRQUEZ: *La mujer en la «etapa de la nivelación»*. *El feminismo en el pensamiento de Max Scheler*. 4. MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS: *El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales*. 5. XACOBE BASTIDA FREIXEDO: *Brevísima relación de los males de la Filosofía del Derecho o las formas entre las que un filósofo del derecho puede elegir para no serlo*. 6. MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS: *La ciudad desmerecida (Notas sobre el orden y el desorden social)*. 7. JOSÉ LÓPEZ HERNÁNDEZ: *El formalismo en la teoría jurídica estadounidense*. 8. ALBERTO MONTORO BALLESTEROS: *La seguridad jurídica en la configuración del Derecho como ordenamiento*. 9. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO: *Sobre el arte legislativo de birlibirloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España*. 10. MANUEL JESÚS RODRÍGUEZ PUERTO: *Tópica y humanismo jurídico*. 11. GEORG H. VON WRIGHT: *Valorar (o cómo hablar de lo que se debe callar). Nuevas bases para el emotivismo (trad. de Carlos Alarcón Cabrera)*.—III. DEBATES. 1. ANTONIO MANUEL PEÑA FREIRE: *Sobre las normas de competencia: Algunas observaciones a las tesis de Jordi Ferrer*. 2. JORDI FERRER BELTRÁN: *De nuevo sobre las normas de competencia: Una réplica a Antonio Manuel Peña*.—IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. ARNAUD, A. J.: *Entre modernidad y globalización. Siete lecciones de historia de la filosofía del Derecho y del Estado* (Nathalie González Lajoie). 2. CRUZ, L. M.: *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham* (José Antonio Seoane Rodríguez). 3. DE ASÍS ROIG, R.: *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista* (Ramón Ruiz Ruiz). 4. DI BLASI, F.: *Dios y la Ley natural. Una relectura de Santo Tomás de Aquino* (Vicente Bellver Capella). 5. FERREIRA DA CUNHA, P.: *Le Droit et les Sens* (José Calvo González). 6. GARZÓN VALDÉS, E.: *Filosofía, Política y Derecho. Escritos seleccionados* (José García Añón). 7. MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.: *La obediencia al Derecho en la España democrática* (Sonia Esperanza Rodríguez Boente). 8. MELKEVIK, B.: *Réflexions sur la Philosophie du Droit* (José Calvo González). 9. MIRAUT MARTÍN, L.: *La teoría de la decisión jurídica de Benjamín*

Nathan Cardozo (David Enrique Pérez González). 10. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la experiencia jurídica* (Fernando H. Llano Alonso). 11. RODRÍGUEZ MOLINERO, M.: *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Juan Antonio García Amado). 12. VV.AA. (A. ANTÓN, coord.): *Trabajo, derechos sociales y globalización algunos retos para el siglo XXI* (Pablo Miravet Bergón).-V. NOTICIAS. XVIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Granada, 5 y 6 de abril de 2001 (Pedro Mercado Pacheco). VI. NECROLÓGICAS. *In memoriam*. Enrique Marí (Claudio Martyniuk).

VOLUMEN XIX (2002)

PRESENTACIÓN. JAVIER DE LUCAS. -I. MONOGRÁFICO: Justicia y legitimidad en el orden internacional. 1. ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO: *Globalización y modernidad. La vía del constitucionalismo cosmopolita*. 2. CRISTINA HERMIDA DEL LLANO: *Aportaciones filosófico-jurídicas de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE*. 3. NICOLÁS LÓPEZ CALERA: *El concepto de terrorismo. ¿Qué terrorismo? ¿Por qué el terrorismo? ¿Hasta cuándo el terrorismo?* 4. EMILIO MIKUNDA FRANCO: *Justicia y legitimidad en el orden internacional como valores clave de la futura Constitución Europea. Especial referencia a España*. 5. EVARISTO PRIETO NAVARRO: *Liberalismo etnocéntrico y orden cosmopolita: adversus Rorty*. 6. ALFONSO RUIZ MIGUEL: *Doctrinas de la guerra y de la paz*.-II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. 1. LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA: *Hacia una ética judicial del Estado moderno. Las virtudes del juez según Pedro de Ribadeneyra*. 2. FEDERICO ARCOS RAMÍREZ: *La seguridad jurídica en la aplicación judicial del Derecho. De la previsibilidad a la argumentación*. 3. HUGO AZNAR GÓMEZ: *La doctrina liberal de la libertad de expresión y sus límites: el papel actual de los medios de comunicación*. 4. PABLO RAÚL BONORINO: *Respuestas correctas. La débil tesis de sentido común*. 5. FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ: *Consenso de los filósofos y libertad personal*. 6. ÍÑIGO DE MIGUEL BERIAIN/MARÍA JORQUI AZOFRA: *Patentes y biotecnología: ¿un dilema insuperable?* 7. RAFAEL ESCUDERO ALDAY: *Argumentos para la recuperación de la teoría de Lon L. Fuller*. 8. ALFONSO GARCÍA FIGUEROA: *Un punto de vista más sobre la filosofía del Derecho*. 9. VICTORIA ITURRALDE SESMA: *Derogación innominada, acto de habla y condiciones de satisfacción*. 10. LAURA MIRAUT MARTÍN: *Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos*. 11. A. DANIEL OLIVER LALANA: *El derecho secreto y la fórmula de Radbruch. ¿Es la publicidad un criterio definitorio del derecho?* 12. MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS: *La utopía de Derecho*. 13. TERESA VICENTE GIMÉNEZ: *La dimensión universal e integradora de la Justicia ecológica*.-III. DEBATES. 1. MARIO RUIZ SANZ: *Dialogando sobre lo fáctico en el Derecho. A propósito del modelo cognoscitivista en la prueba*. 2. MARINA GASCÓN ABELLÁN: *Sobre el modelo cognoscitivista en la prueba judicial. A propósito de las observaciones de Mario Ruiz*.-IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. AÑÓN ROIG, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México D. F., 2002, 157 pp. (José Manuel Rodríguez Uribes). 2. JABLONER, Clemens, & STADLER Friedrich (Hrsg.), *Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*, Springer, Wien-New York, 2001, 339 pp. (Gregorio Robles). 3. DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, 511 pp. (César Arjona). 4. HINKELAMMERT, Franz J.,

Crítica de la razón utópica, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2002, 404 pp. (David Sánchez Rubio). 5. LALUEZA, Carles, *Razas, racismo y diversidad. La ciencia: un arma contra el racismo*, Bromera-Algar ed., 2002, 173 pp. (José García Añón). 6. PALOMBELLA, Gianluigi, *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, ed. Comares, Granada, 2000, traducción y prólogo de José Calvo González, XXIV + 141 pp. (Felipe Navarro Martínez). 7. QUEROL FERNÁNDEZ, Francisco, *La filosofía del derecho de K.Ch.F. Krause. Con un apéndice sobre su proyecto europeísta*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Colección del Instituto de Investigación sobre Liberalismo, Krausismo y Masonería, n.º 17, 2000, 492 pp. (Ricardo Pinilla). 8. ROBLES, Gregorio, *Crimen y castigo (ensayo sobre Durkheim)*, Civitas, Madrid, 2001, 132 pp. (Félix Francisco Sánchez Díaz). 9. SOLANES CORELLA, Ángeles, *El espejo italiano. Un estudio de la normativa sobre la inmigración en Italia*, Dykinson, Madrid, 2001, 273 pp. (Andrés García Inda). 10. VV.AA. (Christian Courtis comp.), *Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, 421 pp. (Pablo Miravet). 11. VV.AA. (Javier de Lucas, et al.), *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Tirant lo Blanch, 2000, Valencia, 502 pp. (María José González Ordovás).-V. NECROLÓGICAS. El último libro de Vittorio Frosini (Antonio Enrique Pérez Luño).-RECOMENDACIONES A LOS AUTORES

VOLUMEN XX (2003)

Presentación. JAVIER DE LUCAS.-I. MONOGRÁFICO: Veinticinco años de la Constitución española de 1978. Aspectos jurídicos y políticos. 1. JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ: *La Constitución social del trabajo y su crisis*. 2. GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ: *El patriotismo constitucional. Reflexiones en el vigésimo quinto aniversario de la Constitución española*. 3. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO: *Democracia directa y democracia representativa en el sistema constitucional español*. II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. 1. XACOB E BASTIDA FREIXEDO: *Kelsen y la tortuga. La teoría pura del Derecho como antifilosofía*. 2. MARÍA JOSÉ GARCÍA SALGADO: *Determinar lo indeterminado: sobre cláusulas generales y los problemas que plantean*. 3. MARÍA CONCEPCIÓN GIMENO PRESA: *La interpretación literal de la Ley*. 4. MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS: *Leer o no leer, ésa es la cuestión*. 5. RAFAEL JUNQUERA DE ESTÉFANI: *Interrogantes planteados por la manipulación genética y el proyecto genoma humano a la filosofía jurídica*. 6. JOSÉ JUSTO MEGÍAS QUIRÓS: *La consolidación del derecho subjetivo en el período posclásico romano*. 7. ÓSCAR MORO ABADÍA, y ÁNGEL Pelayo González-Torre: *Hacia una «cartografía» del poder: Michel Foucault*. 8. MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP: *¿Nuevos derechos a debate? Razones para no resistir*. 9. JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN: *Algunas consideraciones sobre el sentido del quehacer iusfilosófico*. III. DEBATES 1. JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO: *Los presupuestos liberales de la autonomía. Un análisis crítico. A partir de Álvarez, Silvina: La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del comunitarismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002. 2. VICTORIA ROCA: *Los presupuestos metaéticos del comunitarismo: la tensión no resuelta entre el realismo y el convencionalismo moral. A partir de La racionalidad de la moral. Un análisis crítico de los presupuestos morales del*

comunitarismo, de Silvina Álvarez. 3. SILVINA ÁLVAREZ: *La racionalidad de la moral. Respuesta a los comentarios de José Luis Pérez Triviño y Victoria Roca*. IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO (dir.): *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, 176 pp. (Cristina Monereo Atienza). 2. BEA PÉREZ, EMILIA: *Testimonis del segle xx*, Barcelona, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, 2001 (María José Añón Roig). 3. BERNS, SANDRA: *To Speak as a Judge: Difference, Voice and Power*, Aldershot, Astage Publishing Ltd., 1999, 241 pp. (Cristina Monereo Atienza). 4. LUCAS, JAVIER DE: *Blade Runner. El Derecho, guardián de la diferencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 68 pp. (María José García Salgado). 5. DÍAZ, ELÍAS: *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2003, 270 pp. (Joaquín Almoguera Carres). 6. DUKAS, STRATÍS: *Historia de un prisionero*, trad. del griego, prólogo y notas de M. González Rincón, Sevilla, Labrys eds., 2001, 79 pp. (José Calvo González). 7. GARCÍA INDA, ANDRÉS y MARTÍNEZ DE PISÓN, JOSÉ (coords.): *Ciudadanía, Voluntariado y Participación*, Madrid, Dykinson-Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2001, 231 pp. (Sergio Pérez Barahona). 8. GONZÁLEZ R. ARNAIZ, Graciano; (coord.): *El discurso intercultural. Prolegómenos a una filosofía intercultural*, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva, 2002 (María Jorqui Azofra). 9. HECK, Philipp: *El problema de la creación del Derecho*, trad. de Manuel Entenza y prólogo de José Luis Puig Brutau, Granada, ed. Comares, 1999, 120 pp. (Felipe Navarro Martínez). 10. INIESTA DELGADO, Juan José: *Enunciados jurídicos en la sentencia judicial*; prólogo de Enrico Pattaro, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2003, 294 pp. (José López Hernández). 11. LLANO, FERNANDO (coord.): *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, Sevilla, ed. Lagares, 2003, 392 pp. (Sebastián A. Torres Haro). 12. MELKEVIK, Bjarne: *Rawls ou Habermas. Une question de Philosophie du Droit*, Saint Nicolas, Québec, Presses de l'Université Laval-Bruylant, 2001, 191 pp. (José Calvo González). 13. MIKUNDA FRANCO, Emilio: *Derechos humanos y mundo islámico*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, serie Derecho núm. 20, 2001, 285 pp. (Antonio Osuna). 14. MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, ed. Comares, 2002, 2.089 pp. (Pablo Miravet). 15. RADBRUCH, Gustav: *Filosofía del Derecho*, estudio preliminar a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, ed. Comares, 1999, CIX y 271 pp. (José Manuel Cabra Apalategui). 16. RAWLS, John: *Derecho de gentes y «una revisión de la razón pública»*, trad. de Hernando Valencia, Barcelona, Paidós, 2001, 224 pp. (José Calvo González). 17. RIVAYA, Benjamín (coord.): *Cine y pena de muerte. Diez análisis desde el derecho y la moral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 219 pp. (Alberto Carrió Sampedro). 18. RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia: *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Madrid, Dykinson, 2002, 481 pp. (María del Carmen Barranco Avilés.). 19. RUIZ SANZ, Mario: *El verdugo: un retrato satírico del asesino legal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, 76 pp. (René Maroto Laviada.) V. NOTICIAS. XIX Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Las Palmas de Gran Canaria, 6 y 7 de marzo de 2003 (Laura Miraut Martín.) VI. NECROLÓGICAS. *Doctorado Honoris Causa del Dr. Antonio Truyol y Serra. Laudatio in Memoriam* (Mariano Hurtado Bautista.).

VOLUMEN XXI (2004)

Presentación. JAVIER DE LUCAS (Director del *Anuario*).—I. MONOGRÁFICO: La filosofía política y jurídica en Kant. 1. ARCOS RAMÍREZ, Federico (Universidad de Almería), *Una lectura del cosmopolitismo kantiano*. 2. LLANO ALONSO, Fernando H. (Universidad de Sevilla), *¿Fue Kant un verdadero profeta del nacionalismo? Crítica a las lecturas pronacionalistas de Kedourie y Berlin*. 3. MIRETE NAVARRO, José Luis (Universidad de Murcia), *Kant y T. Hobbes: pacto social y posibilidad de resistencia al poder político*.—II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. 1. AMEZÚA AMEZÚA, Luis Carlos (Universidad de Valladolid), *La soberanía en «El Gobernador Cristiano» (1612), de Juan Márquez*. 2. ARA PINILLA, Ignacio (Universidad de La Laguna), *Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados*. 3. CALVO GONZÁLEZ, José (Universidad de Málaga), *Sobre la Antropología jurídica en España a finales del siglo XIX y comienzos del XX. De la extravagancia del centauro a la soledad del unicornio*. 4. CAMPOY CERVERA, Ignacio (Universidad Carlos III de Madrid), *Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos*. 5. CARRIÓ SAMPEDRO, Alberto (Universidad de Oviedo), *Ordenamiento jurídico, competencia normativa y legislación de extranjería*. 6. DE MIGUEL BERIAIN, Iñigo (UNED), *Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana*. 7. DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto (Universidad de Jaén), *Teoría jurídica y tesis desregulativas contemporáneas. El caso de la identidad colectiva*. 8. FERNÁNDEZ-CREUHET, Federico (Universidad de Almería), *La teoría de la representación como aleph de la filosofía jurídica de F. C. Savigny*. 9. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (Universidad de Barcelona), *Radbruch y el valor de la seguridad jurídica*. 10. HERMIDA DEL LLANO, Cristina (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid), *Reflexiones sobre el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. 11. LÓPEZ HERNÁNDEZ, José (Universidad de Murcia), *El concepto de Derecho de Alf Ross en su etapa analítica*. 12. MARCILLA CÓRDOBA, Gema (Universidad de Castilla-La Mancha), *Argumentación jurídica y racionalidad legislativa en el Estado Constitucional*. 13. PÉREZ BARAHONA, Sergio (Universidad de La Rioja), *El federalismo renovado en Charles Taylor. Quebec y Canadá*. 14. RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel Jesús (Universidad de Cádiz), *El inicio de los sistemas jurídicos. Entre el método y el individualismo*. 15. SECO MARTÍNEZ, José María; y RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla), *Del imperio mercantil a la democracia posible*.—III. DEBATES. 1. MONEREO ATIENZA, Cristina (Universidad de Málaga), *Utopía y derecho. Una ocasión para el debate sobre derechos sociales*. 2. RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel (Universidad Carlos III de Madrid), *La función y actualidad del pensamiento utópico (respuesta a Cristina Monereo)*.—IV. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA. 1. AL-HAKIM, Tawfiq, *Diario de un fiscal rural*, trad. y pról. de E. García Gómez, Eds. del Viento, A Coruña, 2003, 159 pp. (José Calvo González. Universidad de Málaga). 2. ALEXY, Robert; KOCH, Hans-Joachim; KUHLEN, Lothar; RÜßMANN, Helmut; *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Nomos, Baden-Baden, 2003, 544 pp. (José Manuel Cabra Apalategui. Universidad de Málaga). 3. BIGOTTE CHORÃO, Luis, *O periodismo jurídico português do século XIX. Páginas de história da cultura nacional oitocentista*, Prefácio de Martim de Albuquerque, Imprensa Nacional-Casa de Moeda, Lisboa, 2002, 401 pp. (José Calvo González. Universidad de Málaga). 4. CASANOVAS, Pompeu (ed.), *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*, editorial Comares,

- Granada, 2003, 336 pp. (Victoria Iturralde Sesma. Universidad del País Vasco).
5. DIAZ, Elías, y COLOMER, José Luis (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, 477 pp. (Cristina Monereo Atienza. Universidad de Málaga).
6. DORADO PORRAS, Javier, *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, prólogo de G. Peces-Barba, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2001, 523 pp. (Cristina Monereo Atienza. Universidad de Málaga).
7. ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, 213 pp. (J. Alberto del Real Alcalá. Universidad de Jaén).
8. HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, 239 pp. (Jesús García Cívico. Universitat de València).
9. LA TORRE, Massimo, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, 304 pp. (Fco. Javier Ansuátegui Roig. Universidad de Jaén).
10. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Innovación editorial Lagares, Sevilla, 2003, 179 pp. (Fernando H. Llano Alonso. Universidad de Sevilla).
11. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *¿Ciberciudadaní@ o Ciudadaní@.com?*, Gedisa, Barcelona, 2003, 142 pp. (Cristina García Pascual. Universitat de València).
12. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, 306 pp. (Pablo Miravet. Universitat de València).
13. ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, 134 pp. (Aurelio de Prada García. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).
14. RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución española*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, 649 pp. (Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz. Universidad de Santiago de Compostela).
15. SERNA, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, ed. Comares, Granada, 2003, 247 pp. (Tomás de Domingo Pérez. Universidad Miguel Hernández).
16. VICENTE Y GUERRERO, Guillermo, *El pensamiento político-jurídico de Alejandro Oliván en los inicios del moderantismo (1820-1843)*, Instituto de Estudios Altoaragoneses, Huesca, 2003, 407 pp. (Ángel G. Chueca Sancho. Universidad de Zaragoza).
17. ZAPATERO, Virgilio (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002, 2 vols., 1.519 pp. (Íñigo Álvarez Gálvez. Universidad Europea de Madrid).—V. NECROLÓGICAS. GEOFFREY MARSHALL (Robert S. Summers. Universidad de Cornell) (trad. de Francisco Laporta). NORBERTO BOBBIO EN ESPAÑA (Alfonso Ruiz Miguel. Universidad Autónoma de Madrid).—RECOMENDACIONES A LOS AUTORES.

