DOXA

3

CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

I N D I C E

Página

Presentación 13

Los deberes positivos

Ernesto Garzón Valdés
Los deberes positivos generales y su fundamentación 17

Juan Carlos Bayón
Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites (Observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés) . . . 35

Francisco Laporta
Algunos problemas de los deberes positivos generales (Observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés) 55

Ernesto Garzón Valdés
Algunos comentarios críticos a las críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta 65

James S. Fishkin
Las fronteras de la obligación 69

Las ficciones en el Derecho

Aulis Aarnio
Persona jurídica, ¿una ficción? 85

Enrique E. Marí
Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden . . 93

Manuel Calvo García
La voluntad del legislador: Genealogía de una ficción hermenéutica 113

José Juan Moreso Mateos
Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis 129

Rafael Hernández Marín
Ficciones jurídicas 141

Claudio Souto
La ficción de la autosuficiencia en los saberes jurídicos fundamentales 149

Artículos

Javier Muguerza
Razón, utopía y disutopía 159

Juan Ruiz Manero
Sobre la crítica de Kelsen al marxismo 191

Roberto J. Vernengo
Sobre algunos criterios de verdad normativa 233

Marshall Cohen
Escepticismo moral en las relaciones internacionales 243

Notas

Manuel Jiménez Redondo
Precisiones sobre Rawls 259

Roberto J. Vernengo
Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del Derecho? 289

Manuel Atienza
Sobre la Jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo 297
Roberto J. Vernengo
Réplica a la respuesta de M. Atienza 313

Entrevista
Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero
Entrevista con Felipe González Vicén 317

Bibliografía
Josep Aguiló Regla y Francisco López Ruiz (coords)
La filosofa del Derecho en España (1985) 327

P R E S E N T A C I O N

Aunque obviamente es aún pronto para intentar cualquier tipo de balance, la aparición de este número 3 de DOXA permite -creemos- considerar como realizado el propósito de editar una revista de filosofía del Derecho de proyección internacional, abierta (aunque, desde luego, no carente de orientación) desde el punto de vista temático e ideológico y que pudiera convertirse, en definitiva, en un centro de discusión de problemas relevantes en un sector de la cultura de innegable significación.

En efecto, este número 3 se abre con un debate que estimamos de gran importancia acerca de los deberes positivos. Su punto de partida es un artículo de Ernesto Garzón Valdés al que le siguen dos comentarios críticos de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta y una respuesta a los mismos a cargo del propio Garzón Valdés. La sección se cierra -provisionalmente- con un artículo de James S. Fishkin sobre las fronteras de la obligación, en el que el primero de los trabajos de Garzón Valdés se toma también como punto de referencia.

El segundo de los grandes temas abordados es el de las ficciones en el Derecho. El lector se encontrará, en este caso, ante un material -constituido por los trabajos de Aulis Aarnio, Enrique E. Marí, Manuel Calvo, José J. Moreso, Rafael Hernández Marín y Claudio Souto- relativamente heterogéneo y que, por ello, ofrece una amplia panorámica de lo que puede considerarse como uno de los tópicos recurrentes en la teoría del Derecho contemporánea.

La sección de artículos de tema «libre» se inicia con un importante trabajo de Javier Muguerza, Razón, utopía y disutopía, *que en cierto modo se conecta con el debate sobre los deberes positivos. Le sigue un amplio estudio de Juan Ruiz Manero sobre la crítica de Kelsen al marxismo; un artículo de Roberto Vernengo sobre algunos criterios de verdad normativa, particularmente crítico hacia la concepción de Kalinowski; y el texto de una conferencia de Marshall Cohen sobre un tema de enorme significación, pero muy pocas veces abordado en nuestro país: el del escepticismo moral en las relaciones internacionales.*

El apartado de notas incluye un amplio comentario crítico de Manuel Jiménez Redondo a propósito de un artículo de Adela Cortina publicado en el número 2 de DOXA y que sugiere una lectura de la obra rawlsiana divergente con respecto a la propuesta por Cortina. El resto de la sección lo ocupa una polémica entre Roberto Vernengo y Manuel Atienza a propósito de una vieja y quizás no irrelevante cuestión: la del carácter científico o no de la Jurisprudencia.

La entrevista con Felipe González Vicén constituirá sin duda para el lector -especialmente para el lector español- uno de los mayores atractivos de este número. Las respuestas de González Vicén -más parcas de lo que los entrevistadores hubiesen deseado en el caso de las preguntas de contenido biográfico- ofrecen bastantes claves para comprender mejor una obra que ha contribuido decisivamente a la constitución de la nueva filosofía del Derecho española a la que DOXA pretende servir de cauce.

Finalmente, el número se cierra con la habitual sección bibliográfica, coordinada por Josep Aguiló y Francisco López Ruiz, dedicada a la producción iusfilosófica en España durante 1985 y que recoge, en forma de fichas, el resumen de los libros y artículos publicados en este período (en total) casi un centenar.

LOS DEBERES POSITIVOS

LOS DEBERES POSITIVOS GENERALES Y SU FUNDAMENTACIÓN

En los últimos años, los problemas éticos vinculados con los deberes positivos generales -principalmente por lo que respecta a su fundamentación, contenido y rango moral- han adquirido una notoria relevancia no sólo teórica sino práctica en conexión sobre todo con los derechos que confiere el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y su implementación en vista de cuestiones tan graves como la lucha contra el hambre. Deberes positivos generales son aquéllos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni de la del (o de los) destinatario(s) y tampoco es el resultado de algún tipo de relación contractual previa. En lo que sigue me propongo, primero, exponer algunos argumentos formulados en contra de la aceptación de los deberes positivos generales y su posible equiparación a los deberes negativos generales (I). En segundo lugar, aduciré que las mismas razones que suelen invocarse para la fundamentación de los deberes negativos generales valen también para los deberes positivos generales, de manera tal que sería contradictorio aceptar los primeros y rechazar los segundos (II). Por último, espero poder mostrar que los deberes negativos generales tienen que ser complementados con los deberes positivos generales a fin de que un sistema de ética normativa pueda cumplir las funciones pragmáticas que de él se esperan (III).

I

Cinco me parecen ser los argumentos más importantes en contra de la aceptación de los deberes positivos generales:

1) En sentido estricto, no puede hablarse de deberes positivos generales. Los deberes genuinos están caracterizados por dos notas esenciales: a) su incumplimiento perjudica a los destinatarios de los mismos y b) estos últimos tienen derecho a exigir su cumplimiento. En el caso de los llamados «deberes positivos generales», la situación es justo la inversa: a) su cumplimiento beneficia y b) nadie tiene derecho a exigir su cumplimiento. Por eso, mientras los dos primeros son deberes perfectos, los segundos son deberes imperfectos. Esta tesis fue ya sustentada en el siglo XIX por John Stuart Mill y ha sido reactualizada entre otros por Jeffrie G. Murphy (1979, 17):

> «Si Jones está en una situación de penuria (suponiendo que yo no lo haya colocado en ella) y puedo ayudarlo sin un sacrificio extraordinario, ciertamente él querrá que lo ayude y haría algo malo si no lo ayudo. Pero él no tiene un *derecho* a esperar mi ayuda, no es *dañado* (wronged) si no lo ayudo y no sería razonable esperar que el Estado o alguien me *coaccionara* para que lo ayudase. Ayudarlo es una beneficencia y (a diferencia de la justicia) es una demanda moral comparativamente débil». (Subrayado de J.G.M.)

2) Si los deberes positivos generales fueran deberes perfectos, el deber de ayudar a quien padece hambre, por ejemplo, daría lugar a un derecho

genuino que, en tanto tal, podría ser hecho valer por todo ser humano frente a los demás individuos, organizaciones y gobiernos. El ejercicio de este derecho tropezaría, por lo pronto, con dificultades empíricas debido a la escasez de recursos: el deber positivo general de ayuda a los millones de seres que padecen hambre es de cumplimiento imposible y por lo tanto no constituye deber alguno. Ésta es la tesis sostenida por la «ética del bote salvavidas», representada entre otros por Garret Hardin (1976) y Joseph Fletcher (1976).

Pero, además, en caso de que estos recursos existieran, el pretendido deber implicaría una fatal duplicación de esfuerzos y terminaría conduciendo al caos. Como lo ha señalado Carl Wellman (1982, 160), esto no sucede en el caso de los deberes negativos generales:

> «Y tampoco surge una duplicación absurda por el hecho de que el derecho de cada individuo a no ser muerto valga con respecto a todo el mundo. El hecho de que muchos, quizás todos menos uno, se abstengan de matar aun individuo no vuelve redundante la acción de algún otro individuo adicional o de una organización o del Estado de abstenerse de privarlo de su vida. Por el contrario, la vida del individuo se salva sólo si todo el mundo... cumple con su deber de no privar de la vida al derecho habiente.»

Ésta es la «tesis de la asimetría» entre los deberes negativos generales y los deberes positivos generales.

3) Los deberes positivos generales no pueden nunca ser colocados en un pie de igualdad con los deberes negativos generales ya que el no cumplimiento de aquéllos por parte del supuesto obligado deja siempre abierta la posibilidad de que algún otro lo cumpla, evitándose así el posible mal. En cambio, la violación de un deber negativo implica lógicamente un mal: a él justamente se recurre para definir la acción que constituye el contenido del deber. Ésta es la «tesis de la opcionalidad». En palabras de Richard L. Trammell (1975, 135):

> «Existe una equivalencia lógica entre el no cumplimiento por parte de *y* del deber de no causar un sufrimiento a *x* en el tiempo *z* y la probabilidad 1 de que *x* sufra en el tiempo *z;* mientras que no existe una equivalencia lógica entre el no cumplimiento por parte dey del deber positivo de evitar que *x* sufra en el tiempo *z* y la probabilidad 1 de que *x* sufra en el tiempo *z.* Si *y* mata a *x,* es seguro que *x* no vivirá, pero si *y* deja de salvar a *x,* algún otro puede tener la opción de salvar a *y*».

4) Aun cuando se admita que quien se encuentra en situación de penuria tiene derecho a reclamar ayuda de extraños, es decir, exigir el cumplimiento de un deber positivo general, si el número de los necesitados es muy grande, también en el caso en que los obligados se comporten como samaritanos «mínimamente decentes», se produce un «dilema inevitable» (James S. Fishkin 1982, 169).

En efecto, es imposible mantener la «estructura básica de la moral individual» -caracterizada por la división de los actos humanos en indiferentes, supermeritorios y obligatorios; por el límite del heroísmo y por una amplia zona de comportamientos moralmente indiferentes (Fishkin 1982,33)- y al mismo tiempo sostener la vigencia de deberes positivos generales. Si se los acepta, sea en la versión débil de la premisa normativa de Peter Singer (1979, 168 ss.), en la del altruismo limitado de James S. Fishkin (1982) o

del sacrificio trivial de John D. Hodson (1983, 60 s.), como, por ejemplo, dar 100 pesetas para contribuir a la lucha contra el hambre en el mundo es siempre un sacrificio trivial, una vez que hayamos dado 100 pesetas dar otras 100 también será un sacrificio trivial. Pero la reiteración de estos sacrificios insignificantes irá eliminando poco a poco la barrera del heroísmo y disminuyendo consecuentemente la zona de los comportamientos indiferentes desde el punto de vista moral y se derrumbará la estructura básica de la moral individual. Pensar que el cumplimiento reiterado de un deber positivo no altera la calidad moral del acto que constituye su contenido (y lo transforma de obligatorio en supermeritorio) es lo mismo que creer que no existe la paradoja del grano y del montón o que la pérdida reiterada de un pelo tras otro no conduce a la calvicie. Por otra parte, renunciar a la vigencia de los deberes positivos generales significa abandonar principios básicos de la moral y hasta lo que suele llamarse «punto de vista moral». En la formulación de James S. Fishkin (1982, 153):

> «O bien tengo que renunciar a algún elemento de la estructura básica de la moral individual o tengo que renunciar a las obligaciones generales. En caso contrario, hay que aceptar el derrumbe de nuestras suposiciones fundamentales. Tal derrumbe significaría que carecemos de una coherente posición moral. Estimularía el cinismo y la hipocresía.»

Tal es el «dilema de Fishkin».

5) La solución del dilema de Fishkin no podría eliminar una diferencia básica que existe entre los deberes negativos y los positivos: los primeros prohiben acciones; los segundos, omisiones.

Una acción reprochable, se dice, revela una intención malévola, mientras que la omisión es, por lo general, la consecuencia de una actitud apática. No es lo mismo, por ejemplo, enviar comida envenenada a la India que no contribuir a una colecta contra el hambre en ese país. En el primer caso, quien así actúa desea la muerte de un determinado número de personas; en el segundo, se trata tan sólo de un apático indiferente que, por cierto, no desea el mal a nadie (cfr. Raymond A. Belliotti 1984, 84).

Es siempre peor ser la causa de un daño que dejar que sigan existiendo circunstancias perniciosas. En el primer caso, la víctima no hubiera sufrido el daño si el agente no hubiera existido; en cambio, esto no vale para el segundo caso. En esta variante de la «tesis de la opcionalidad», se afirma que la acción es «más causa» que la omisión (cfr. Ted Honderich 1980, 67). La acción completa la circunstancia causal y vuelve necesario el resultado. Es moralmente peor iniciar la cadena causal que provoca la muerte de una persona que no interrumpir la cadena causal que conduce a la muerte. La noción de causalidad es utilizada aquí para imputar mayor responsabilidad moral al agente de la acción que al de la omisión (cfr. Trammell 1976).

Mientras que podemos vivir sin realizar acciones prohibidas, es difícil hacerlo sin omitir muchas veces lo supuestamente debido, por ejemplo, sin salvar todas las vidas que podríamos haber salvado de morir de hambre (cfr. Peter Singer 1979, 163). Las acciones requieren tiempo para su realización; por ello, la lista de las acciones que podemos realizar es siempre finita. En cambio, las omisiones, como no requieren tiempo, son infinitas (cfr. Jonathan Glover 1977, 104).

Los efectos colaterales de una acción moralmente reprochable suelen ser peores que los de la omisión. La acción de matar provoca, por lo general, mayor inseguridad e incertidumbre en la comunidad a la que pertenece la víctima y el criminal que la muerte por omisión (cfr. Glover 1977, 99 y Ted Honderich 1980, 78 s.).

Por último, para que pueda hablarse de omisión es necesario que existan ciertas expectativas deónticas o empíricas, lo que reduce enormemente el campo de las omisiones y vuelve imposible una equiparación entre deberes positivos generales y deberes negativos generales.

*

Veamos más de cerca estos argumentos.

1') En el primero de ellos, los conceptos de daño y beneficio juegan un papel fundamental para la distinción entre deberes negativos y positivos. El cumplimiento de un deber positivo es entendido como un beneficio, como un plus gratuito que colocaría a la persona auxiliada en una situación superior a la que se encontraba antes de comenzar a padecer el mal superado con la ayuda. Si esto es lo que se quiere decir con «beneficiar», la aseveración es falsa: Cuando, por ejemplo, salvo a alguien que se está ahogando no agrego un ápice a su statu quo ante al volverlo a tierra. Y por supuesto que si al negar mi ayuda impido que alguien recupere el status en el que se encontraba antes de comenzar a padecer el mal cuya superación está bajo mi control, lo he dañado. Dañar no significa únicamente empeorar una situación o transformar una situación positiva en una negativa sino también no evitar que un mal se produzca o permitir que continúe, cuando el agente pudo haberlo impedido o superado sin que ello implicara mayor sacrificio de su parte (Cfr. Alan Gewirth 1978, 224).

Por otra parte, si en el caso de los deberes positivos, se entiende por «beneficio» evitar un mal, interrumpiendo una cadena causal que conduce a un daño, también en el caso de los deberes negativos podría decirse que beneficio a alguien cuando no inicio la cadena causal que concluye en el daño de una persona o sus bienes. No existe diferencia entre el daño que causa la violación de un deber positivo y la de un deber negativo siempre que se trate de un mismo bien (por ejemplo, la vida) y se den las mismas condiciones de motivación, intención o posibilidad de actuar y de omitir.

La contraposición entre daño y beneficio es un recurso frecuente entre quienes sostienen una marcada diferencia entre deberes negativos y positivos. Si se la acepta, resulta plausible la afirmación de W. D. Ross: «Aun cuando reconozcamos el deber de beneficencia, me parece que el deber de no dañar . . . tiene que ser reconocido como más obligatorio prima facie . . . » (1963,22). Pero lo que sucede es que la contraposición es falsa. La negación interna (es decir, en sentido fuerte) de dañar no es beneficiar sino simplemente no dañar. O, si se quiere utilizar la terminología de Georg H. von Wright, la negación interna de dañar es hacer lo que es necesario para la conservación de un bien:

> «De nuestras definiciones de lo que es beneficioso y dañino no se sigue que si no-X es dañino, entonces X es beneficioso, y *vice versa.* Si, sin embargo, no-X es dañino, entonces X sera llamado necesario. Lo necesario es aquello cuya falta o pérdida es algo malo, un mal. Lo necesario y lo

> dañino se oponen como contradictorios, *en el sentido* que lo contradictorio de lo necesario es dañino y *vice versa.* Lo beneficioso y lo dañino se oponen como contrarios.» (1963, 108. Subrayado de G. H. von W.).

El no infringir daño no es muestra alguna de generosidad. Sería absurdo agradecer cotidianamente a quienes no nos dañan, como si ello fuera expresión de un comportamiento no obligatorio, similar a la generosidad de quienes nos benefician. Debemos en cambio agradecimiento a quienes nos benefician, es decir, a quienes nos colocan en una situación mejor a la que nos encontrábamos con anterioridad a la recepción del beneficio, siempre que ellos no sean responsables de la situación así mejorada. Si esta última condición no se da, tampoco cabe el agradecimiento. Kant, quien también admitía la distinción entre deberes perfectos e imperfectos, tenía fundadas dudas acerca de si la ayuda prestada por quienes están en condiciones de hacerlo en virtud de una injusticia previa es realmente beneficencia:

> «¿Merece bajo tales circunstancias la ayuda que el rico puede prestar a quien padece penuria el nombre de beneficencia, con el cual le gusta pavonearse?» (1956[2], 591).

Desde luego, Murphy podría aducir que cuando utiliza el participio «wronged», que aquí ha sido traducido por «dañado», lo hace para indicar que no se ha afectado ningún derecho de la persona en peligro y no en el sentido de «harm». En este caso, «no es dañado (wronged)» no sería más que otra formulación de la misma proposición expresada con el enunciado «no tiene derecho a». Es decir, no agregaría ningún argumento más a lo hasta entonces dicho. Sería una explicitación del concepto de «deber imperfecto» que Murphy parece vincular con la falta de un derecho jurídico como lo indica su referencia a la posibilidad de coacción estatal. La distinción entre «wrong» y «harm» puede ser útil para la interpretación de ficciones jurídicas como la expresada en la máxima «Volenti non fit injuria» (cfr. al respecto Joel Feinberg 1983[2], 4 s.) pero no para la discusión moral, a menos que se quiera argumentar circularmente y decir que no se daña (en el sentido de «wrong») cuando no se salva a alguien que solicita una ayuda que puede ser prestada sin mayor sacrificio porque no existe el derecho moral a solicitarla y que la prueba de que no existe este derecho es que la persona a quien se le niega la ayuda no ha sido dañada porque no existe el derecho moral a solicitarla.

Si se quiere conservar la distinción entre deberes perfectos e imperfectos, quizás sea más adecuado, como lo ha señalado Joel Feinberg (1983,105), recurrir a otra de las versiones mencionadas por Mill al referirse a los deberes imperfectos. Este concepto se aplicaría a aquellos casos en los que «a pesar de que el acto es obligatorio, las ocasiones particulares de su realización quedan libradas a nuestra elección» (1962, 305). En este caso, sostiene Feinberg, ninguno de los posibles destinatarios del deber de ayudar tiene un derecho específico a exigir mi ayuda; el «deber es 'imperfecto' por falta de receptores determinados con derechos correlativos...» (1983, 105 s.). Pero el hecho de que este deber sea imperfecto no significa que ayudar a quienes se pueda sea una «demanda moral comparativamente débil» como afirma Murphy. La indeterminación del destinatario del deber no afecta la fuerza moral del mismo. Esto vale no sólo para los deberes positivos generales sino también para los especiales: el bañero que ve que varias personas se están

ahogando y no puede salvarlas a todas tiene el deber positivo especial (profesional) de salvar a todas las que pueda aunque no sea a una determinada. Y sería realmente extraño que el bañero adujera que en este caso ha realizado un acto de beneficencia con respecto a las personas que salvó y que nadie podría haberlo obligado a realizar la acción de salvamento porque los destinatarios eran indeterminados.

Utilizar el concepto de deber imperfecto para establecer una distinción de calidad moral entre los deberes negativos y los positivos (sean éstos especiales o generales) no parece ser una buena vía.

2') Carl Wellman estaría dispuesto a aceptar que con respecto a la vida y la seguridad rigen tanto los deberes negativos como los positivos. En cambio esto no valdría para el caso en que de lo que se trata es de prestar ayuda para asegurar la subsistencia. Joseph Collins-Francis Moore Lappé (1971) y Amartya Sen (1982) han puesto de manifiesto que el problema del hambre en el mundo no es una cuestión de disminución de las disponibilidades alimenticias, como afirman quienes propician la «ética del bote salvavidas» sino de lo que Sen llama «Entitlement Exchange», es decir, la posibilidad de acceso al mercado de alimentos por parte de ciertos grupos de la población de un país. Se trata justamente de un problema de ética jurídico-política, vinculada con la distribución de la propiedad, y no de falta de alimentos. La premisa empírica del argumento en contra de los deberes positivos generales es pues falsa.

Cuando se aduce que el cumplimiento de deberes positivos generales conduce a la duplicación de esfuerzos, se olvida una característica propia de los deberes positivos generales, sobre todo en el caso en que el número de los obligados es grande y/o también lo es el de las personas destinatarias de este deber: su cumplimiento requiere reglas para la coordinación de los esfuerzos. Robert Nozick (1974, 12 ss.), al referirse a las organizaciones protectoras en el estado de naturaleza, señala los inconvenientes que trae aparejada una asistencia no reglada. Bajo el principio «uno para todos y todos para uno», al aumentar el número de los miembros de la asociación aumenta también el costo de la contribución de cada cual hasta llegar a un límite en el que resulta imposible acudir en ayuda de todo aquel que la solicita y dedicarse al mismo tiempo a la satisfacción de las propias necesidades. La imagen de personas corriendo de un lado para otro todo el tiempo a fin de brindar ayuda a todo aquel que la requiere presenta rasgos notorios de caos e ineficiencia; no hay duda que la vida de cada uno de los miembros de esta asociación no estructurada se convertiría también en un infierno. De allí que la salida de esta situación sea el paso a asociaciones estructuradas sobre la base de la división del trabajo, es decir, también de la delimitación de responsabilidades.

Si lo que quiere decir la «tesis de la asimetría» es que criterios de equidad y de eficiencia requieren, en el caso de los deberes positivos, la división de cargas y tareas -a menos que se trate de casos individuales de peligro inminente y no previsible (como el del conocido ejemplo del niño que se ahoga)- la tesis es correcta. Pero ésta es una característica de los deberes positivos en general y no se ve por qué el inconveniente de la duplicación de esfuerzos ha de ser atribuido sólo al caso de la ayuda a la subsistencia y no también al de los deberes positivos con respecto a la vida y la seguridad.

Sin embargo, hay algo en la argumentación de Wellman que conviene subrayar y es el haber señalado que también el derecho a la vida y a la seguridad requiere el cumplimiento de deberes positivos. Sobre este punto volveré más adelante.

3') La «tesis de la opcionalidad» no parece ser muy convincente para establecer una distinción significativa entre deberes negativos y positivos. En caso de deberes positivos no divisibles, la responsabilidad por no prestar ayuda recae por igual sobre todos los que pueden prestarla y sería realmente insólito que alguien adujera que no prestó ayuda porque quería dejar abierta a los demás la opción de hacerlo.

El 13 de marzo de 1964, se produjo en el barrio neoyorkino de Queens un hecho que ha pasado a integrar la lista de ejemplos clásicos de la literatura sobre este tipo de problemas: Kitty Genovesse fue asaltada y apuñalada frente a su domicilio. El asaltante actuó con notoria lentitud y durante unos 35 minutos los gritos de Kitty pidiendo auxilio fueron escuchados, por lo menos, por 38 residentes de casas vecinas, la mayoría de los cuales hasta vio con sus propios ojos el asesinato. Sin embargo, ninguno de ellos cogió el teléfono para avisar a la policía lo que estaba sucediendo. Si sólo uno de ellos lo hubiera hecho, es probable que el asesinato no se hubiera consumado. ¿Podría decirse que en este caso la responsabilidad moral de solicitar ayuda a la policía es con respecto a cada uno de los 38 vecinos 1/38?

Éste es por cierto un interesante ejemplo de lo que Geoffrey Brennan y Moren Lomansky llaman «unanimidad ineficaz» (1984, 155 ss.), pero la «apatía» de cada uno de los 38 vecinos difícilmente es excusable aduciendo que cada uno de ellos quería dejar abierta a los restantes 37 la opción de prestar asistencia y que, por consiguiente, su responsabilidad moral por la omisión es menor que en el caso de que hubiera habido un único testigo.

Otro es el caso cuando se trata de obligaciones positivas divisibles (por ejemplo, contribuciones para crear un fondo de ayuda contra el hambre) o de situaciones que requieren una especialización profesional para prestar ayuda (como en el caso del médico y alguien que sufre un infarto en plena calle), la división del trabajo no tiene nada que ver con el principio de opcionalidad.

Si la «tesis de la opcionalidad» lo que quiere decir es que cuando se trata de deberes positivos generales el daño es menos probable que en el caso de los deberes negativos, lo único que cabe decir es: ¡depende de las circunstancias! También en el ejemplo del envío de carne envenenada a la India, si un empleado de Correos descubre a tiempo el contenido de la encomienda, podrá evitarse el daño, pero ello no disminuye el reproche moral que pesaría sobre el remitente.

4') Si se toman en cuanta las consideraciones formuladas con respecto a Wellman y se recoge la sugerencia del propio Fishkin (1982) en el sentido de institucionalizar el deber positivo general de prestar ayuda contra el hambre, su «dilema» puede ser solucionado si se aceptan las siguientes reglas:

a) Todo individuo está moralmente obligado a realizar un sacrificio trivial para evitar un daño o contribuir a superarlo, sin que para ello sea relevante la existencia de una relación contractual previa o la identidad de los destinatarios de la obligación.

b) El sacrificio trivial está temporalmente delimitado, es decir, su reiteración es exigible después de haber pasado un cierto tiempo de recuperación que restituya al obligado a la situación en la que se encontraba antes de realizar el sacrificio trivial.

c) Nadie está moralmente obligado a compensar la no realización de sacrificios triviales por parte de otros miembros de su clase o comunidad, cuando se trate de deberes positivos divisibles.

d) Nadie está moralmente obligado a realizar un sacrificio trivial cuando quien lo solicita está en condiciones de superar por sí mismo su situación de penuria.

e) Los sacrificios triviales deberán ser coordinados sobre la base de la división del trabajo y la especialización.

La regla a) tiene como contenido la definición de deber positivo general.

La regla b) procura asegurar el mantenimiento de la calidad de «trivial» del sacrificio (que es justamente el presupuesto del que parte Fishkin).

En el razonamiento de Fishkin hay por lo menos dos confusiones conceptuales que conducen a su «dilema». La primera consiste en vincular sin más la nota de generalidad de una obligación con la exigencia de su cumplimiento simultáneo o reiterado sin limitación temporal alguna. La segunda, en no distinguir entre lo que los economistas llaman «cambio de escala» y «cambio de intensidad».

Es verdad que, como dice Fishkin, una obligación es general cuando «se aplica a todos los casos posibles relevantemente similares», es decir, a «una clase abierta de eventos posibles» (1982, 26). Pero de aquí no se infiere necesariamente que todo tipo de deber positivo general deba cumplirse simultáneamente cada vez que se presente la clase abierta de casos para los que rige. Sostener esta conclusión significa desconocer el factor tiempo, que es esencial en toda obligación positiva, sea ésta general o especial.

Precisamente porque el contenido de un deber positivo es una acción, cuando se presentan dos o más casos en los que ella debe cumplirse, su realización simultánea es fácticamente imposible. Pero esto no altera el carácter de «abierto» («open-ended») de la obligación, sino tan sólo las condiciones de su cumplimiento. Porque ello es así, mientras que la nota de generalidad puede predicarse tanto de las obligaciones negativas como de las positivas, la exigencia de simultaneidad vale para las primeras pero no para las segundas.

En efecto, en el caso de un deber negativo general, por ejemplo, la prohibición de matar, el número de personas protegidas por esta prohibición no altera en nada la posibilidad de su cumplimiento y quien en medio de una muchedumbre no mata a nadie ha cumplido simultáneamente el deber negativo de no matar.

En cambio, si sentado al borde de una piscina veo que tres niños de corta edad caen al agua y corren el peligro inmediato de ahogarse y puedo salvarlos con «un sacrificio trivial», tendré el deber positivo de hacerlo, pero ello no exige que tenga que salvarlos a los tres simultáneamente. Más aún, es probable que tenga que actuar sucesivamente, pero ello no significaría violación alguna de mi deber. Y por supuesto que si en vez de tres niños que caen a la piscina se trata de contribuir a aliviar el hambre de millones de personas, la exigencia de simultaneidad resulta manifiestamente disparatada.

En este sentido, la exigencia de simultaneidad en el caso de los deberes positivos no es que conduzca a un «dilema» sino que se trata de un requerimiento de cumplimiento imposible que impide hablar de deber.

Si se abandona la exigencia de simultaneidad, se puede pensar -como Fishkin- que el carácter de generalidad de la obligación implica sin embargo el cumplimiento reiterado y sin pausa, suponiendo, además, que la acción que se reitera es siempre la misma ya que si así no fuera, al cambiar el contenido de la obligación se estaría hablando de obligaciones diferentes. La comparación con el grano y el montón o con el pelo que se pierde sucesivamente y la calvicie parece sugerir que Fishkin piensa que un sacrificio trivial reiterado es siempre un sacrificio trivial, de la misma manera que un grano es igual a otro y un pelo que cae igual al perdido anteriormente.

Pero es obvio que tal no es el caso: toda reiteración de una acción en un lapso relativamente breve significa un aumento en la intensidad del esfuerzo requerido para realizarla. Esto hace que el «costo» de las acciones sucesivas no sea nunca igual al de la primera de la serie. El «dilema de Fishkin» se revela aquí como un seudodilema ya que en realidad sólo se puede llegar al límite del heroísmo y a la sobrecarga que destruye la «estructura básica de nuestra moral individual» si se viola el presupuesto del que parte Fishkin, es decir, que el contenido de la obligación es siempre el mismo: un sacrificio trivial. En el «dilema de Fishkin», lo que sucede es que se equiparan obligaciones diferentes: la realización de un sacrificio trivial de costo c_1, con sucesivas acciones cuyo costo es c_2, c_3, . . . c_n. Y que el sacrificio que requiere costos c_2, c_3... c_n puede no ser ya trivial, es también obvio. El cambio de intensidad de esfuerzo puede conducir al umbral del heroísmo; pero ello no se debe al cumplimiento de la obligación originaria que exigía tan sólo un sacrificio trivial, sino a la realización de actos que han dejado de ser triviales porque sus costos son mayores. Sostener lo contrario es realizar una equiparación falsa: la equiparación entre obligaciones generales y obligaciones ilimitadas. Justamente porque el contenido de las obligaciones son siempre acciones u omisiones, éstas tienen que estar definidas o delimitadas para que tenga sentido imponerlas. No es que el límite de la obligación se vaya desplazando dinámicamente hacia el umbral del heroísmo, como sugiere Fishkin, sino que el límite es estático y sigue siendo el mismo; en este caso, la definición de sacrificio trivial.

Cuando los sacrificios triviales son realizados espaciadamente en el tiempo, es probable que no se produzca un cambio en la intensidad del esfuerzo requerido. Pero para que ello sea así es preciso que se cumpla la condición de recuperación que prescribe la regla b), es decir, que el obligado vuelva a encontrarse en la misma situación en que estaba al realizar el primer sacrificio.

Este mismo efecto puede lograrse si se produce un cambio no sólo en la variable «intensidad de esfuerzo» sino que, simultáneamente con el requerimiento de un mayor esfuerzo, aumentan proporcionalmente las otras variables de la situación del obligado, por ejemplo, la variable recursos. En este caso se habría producido un «cambio de escala» y la reiteración de esfuerzos no provocaría el peligro del «dilema de Fishkin». Las condiciones de la acción contenido de la obligación se mantendrían idénticas y se trataría por lo tanto de la misma obligación.

El «dilema de Fishkin» no es en verdad tal pues: o bien se produce un «cambio en la intensidad de esfuerzo» y en ese caso se puede llegar al límite del heroísmo pero la prestación debida no es la misma, con lo que desaparece uno de los presupuestos del dilema. O bien se produce un «cambio de escala» y en ese caso la prestación es la misma pero entonces no se llega al límite del heroísmo, con lo que se elimina uno de los cuernos del «dilema» (cfr. Martin C. McGuire 1985, 220).

Resumiendo, puede decirse que la regla b) asegura que estamos hablando siempre del mismo deber positivo general de cumplimiento no simultáneo. Si violamos esta regla comenzamos a deslizarnos por un camino a lo largo del cual se nos van imponiendo obligaciones diferentes cada vez mayores y el deber positivo se transforma en una invitación al heroísmo o en un «masoquismo disfrazado de heroísmo», para usar una expresión de Henry Shue (1983, 272).

La regla c) toma en cuenta el hecho de que el individuo obligado no está aislado en el mundo sino que actúa dentro de un grupo para cuyos integrantes rige también la obligación de ayuda. Y es obvio que los costos de la ayuda pueden estar afectados por el comportamiento de cada uno de sus miembros, tanto en sentido positivo (por ejemplo, estímulos para el cumplimiento de la obligación) como negativo (actitud de «polizón» por parte de algunos si el grupo es relativamente grande).

Cuando se trata de obligaciones colectivas y delimitables individualmente (como es, por ejemplo, el caso de la contribución a la lucha contra el hambre en el mundo), nadie está moralmente obligado a realizar más de la parte que le corresponde, aun en el caso de que alguien no cumpla con su parte. Sostener la existencia de un deber abierto de compensar las deficiencias de los demás tendría la fatal consecuencia práctica de que muchos pensarían (con razón) que el mundo no estaría peor si ellos no contribuyeran ya que siempre habría algún otro (igualmente responsable aunque hubiera cumplido ya con su parte) que estaría obligado a compensar sus deficiencias (cfr. Jonathan Cohen 1981, 65-ss.). Y quienes actúan moralmente mal, al no contribuir en la medida exigible, estarían en condiciones de imponer cargas adicionales a quienes cumplen con su deber, conclusión ciertamente inaceptable (John D. Hodson 1983, 69).

La regla d) es una respuesta al conocido argumento de la haraganería formulado por John Locke o a los temores de quienes sustentan un liberalismo extremo y afirman que los únicos deberes universalizables son los negativos ya que la vigencia de los deberes positivos conduciría a una «sociedad irresponsable» en la que «el dinero de los diligentes, los exitosos y los sobrios es dado a los ociosos, a los fracasados y a los insensatos» (Rhodes Boyson 1971, 5).

La regla e) procura evitar las objeciones de Wellman y recoge sugerencias de las asociaciones estructuradas de Robert Nozick. La división del trabajo y el criterio de la especialización contribuyen a disminuir los costos del cumplimiento de los deberes positivos y aumentan la eficacia de la ayuda. En este sentido, el deber positivo de cada cual está también determinado por el deber que corresponde a los demás.

5') Los argumentos vinculados con la distinción entre acción y omi-

sión no son tampoco buenas razones para rechazar los deberes positivos generales.

Por lo pronto, la intención no constituye una diferencia esencial entre acciones y omisiones. La introducción del elemento intencional como nota distintiva de toda acción trae aparejados graves problemas conceptuales (como, por ejemplo, el de las excusas de las acciones involuntarias), que no he de analizar aquí. Pero, dejando de lado estos problemas, no hay duda que si se compara una acción intencional con una omisión intencional, no existe ninguna diferencia entre ambas por lo que respecta a su reprochabilidad moral. La «apatía» que suele imputarse a quien omite suele ser el resultado de la acción intencional de no querer informarse de las situaciones en las que se requiere el cumplimiento de un deber positivo general. Éstos son los casos que Ted Tonderich llama «omisiones parcialmente intencionales» (1980, 71).

Es falso sostener que la acción es «más causa» del resultado que la omisión. Cuando una omisión completa el contexto de las condiciones necesarias para la producción de un evento y las vuelve suficientes, es tan causa como la acción que inicia la cadena causal. Por otra parte, la vinculación entre responsabilidad causal y responsabilidad moral, que parece estar presente en este argumento, no es aceptable sin más. Se puede ser inadvertidamente la causa de la muerte de una persona, sin por ello ser moralmente responsable (Biellotti 1981, 87). Y puede pensarse también en los casos que Nozick llama «amenazas inocentes», es decir, cuando alguien «es inocentemente agente causal en un proceso tal que hubiera sido un agresor en el caso de que hubiera elegido ser agente de la acción» (1974, 87).

Sostener que las omisiones no requieren tiempo y por ello su lista es interminable, es confundir omisión con no hacer. Sólo podemos omitir la acción que podemos realizar. La omisión es la negación interna de la acción. En este sentido, la lista de las omisiones posibles es tan larga como la de las acciones posibles.

Los efectos colaterales de la acción y la omisión, cuando en ambos casos se actúa u omite intencionalmente (o no intencionalmente) no parecen ser muy diferentes. El ejemplo del pulmón artificial de Glover es instructivo al respecto: ¿por qué habría de provocar más escándalo desconectarlo que no conectarlo? La responsabilidad moral de la acción y la omisión es la misma. Cuando se equiparan los elementos de intencionalidad (o no intencionalidad) y de publicidad de la acción y la omisión, no se ve muy bien por qué los efectos colaterales de aquélla tengan necesariamente que ser más graves que los de esta última.

Por cierto que una diferencia fundamental entre acción y omisión es la necesidad de una expectativa empírica o deóntica para que pueda hablarse de omisión. El caso que aquí interesa es el de la expectativa deóntica: la objeción que suele hacerse en contra de la equiparación de deberes positivos y negativos sobre la base de la distinción entre omisión y acción es, en cierto modo, circular: para que pueda hablarse de omisión es necesario haber aceptado antes la existencia de la obligación. Y esto es precisamente lo que niegan quienes recurren al argumento de la diferencia entre la acción y la omisión. Conviene pues considerar los argumentos en favor de la existencia de

los deberes positivos generales. Si ellos son convincentes, la distinción entre acción y omisión pierde su relevancia, tal como sucede cuando se trata de acciones u omisiones impuestas o prohibidas por deberes negativos o positivos especiales.

II

La justificación racional de los deberes negativos ha sido siempre tema central de toda ética normativa. No obstante la diversidad de los argumentos formulados a tal fin, todos ellos coinciden, por lo menos, en tres puntos: a) la imposición de estos deberes es necesaria para posibilitar la vida en sociedad; b) todos ellos procuran reducir la interferencia en la esfera individual creando una especie de cerco protector que asegure el mayor desarrollo posible de la autonomía personal y c) estos deberes rigen igualmente para todos y son, por consiguiente, una auténtica expresión del principio básico de universalización. Dicho de otra manera: a través del respeto de la libertad y la igualdad, aseguran óptimamente la existencia humana.

Quienes se oponen a la imposición de deberes positivos generales suelen aducir que su intento de justificación viola el principio de libertad y/o igualdad y que, además, no son deberes indispensables para la convivencia humana.

La primera objeción tiene una formulación precisa en la frase expresada en 1928 por el juez Brandeis, de la Suprema Corte de los Estados Unidos: «El derecho que más aprecia toda persona civilizada es el derecho a que la dejen tranquila». La no interferencia es condición necesaria de la tolerancia -reza una versión actual de esta tesis- razón por la cual la imposición de deberes positivos, tal como lo pretende el Estado social, viola uno de los principios básicos de la democracia liberal. La única buena razón para justificar la existencia del Estado, se dice, es aquélla que demuestra que el Estado está en condiciones de proteger los derechos negativos de sus ciudadanos asegurando una paz pública que permite a cada cual organizar su vida como le plazca. Y la mano invisible de la que hablaba Adam Smith hará que el cultivo del interés privado produzca la felicidad pública. Seres racionales estarán dispuestos a crear un Estado que garantice la vigencia de los deberes negativos ya que ello significa una economía de los costos que implica la autodefensa; pero no apoyarán la instalación de una autoridad que imponga deberes positivos y la vigencia de los correspondientes derechos positivos «porque tal autoridad no conseguiría un ahorro comparable de costo en el esfuerzo requerido para asegurar bienes positivos» (Michael Levin 1984, 94). Más aún: «Por cada persona que recibe un dinero sin habérselo ganado, hay otra que, habiéndoselo ganado, no lo ha recibido. Un gobierno puede legalizar el robo pero no justificarlo» (declaraciones de un ex-senador de Louisiana reproducidas por el semanario *Die Zeit* Nº 8/1985, 35). Hay que distinguir, se dice, entre la «igualdad ante la ley» y la «igualdad del resultado». Sólo la primera es moralmente justificable; la segunda, cuando significa la intervención del Estado para equilibrar desigualdades, es inconciliable con la libertad.

Cuesta realmente entender esta tesis que, al vincular conceptualmente la tolerancia con la no interferencia, nos sugiere la conclusión de que el levita en el camino de Jericó es más tolerante que el buen samaritano y, en este sentido, un mejor candidato para una sociedad democrática. Pero, desde luego, no basta afirmar que una tesis es de difícil comprensión para inferir de allí su falsedad. Lo relevante en este caso es que si se niega la posibilidad de interferencia en el comportamiento humano en aras de un máximo de tolerancia, no se ve por qué deban aceptarse ni siquiera los deberes negativos. También ellos limitan la libertad de acción y tienden a crear una «igualdad de resultado», haciendo que el débil sea igual que el fuerte y castigando a quien desee elegir su propia vía de acción con total libertad y prescindiendo de los intereses de los demás. El problema del «tonto» del que hablaba Hobbes, que no comprende las ventajas de las limitaciones del uso de la violencia, o del «outsider» de Nozick, que no quiere pagar su póliza en la asociación protectora, es insoluble si la decisión última depende de la libre voluntad del obligado y no del reconocimiento de un bien digno de ser protegido. Que algunas versiones del liberalismo extremo se rozan con el anarquismo es cosa bien sabida, desde William Godwin hasta el neoconservadurismo norteamericano de nuestros días representado, entre otros, por Benjamin Hart y Charles Murray: «Al igual que la izquierda de los años sesenta, nosotros exigimos: ¡destruid el Estado!» (Hart en ***Die Zeit*** loc. cit.). Pero la cuestión es saber si un liberal coherente, que acepte la necesidad de proteger la autonomía individual y los bienes primarios que permiten su desenvolvimiento, puede darse por satisfecho con la mera imposición de deberes negativos. Sobre este punto volveré en III. Aquí conviene sólo retener que el argumento de la no interferencia, tomado estrictamente, tendría que valer también para los deberes negativos y entonces o se cree en la posibilidad de un angélico anarquismo o se adopta la posición del «tonto» o del «outsider». Probablemente esta alternativa no será atractiva para quien se niega a aceptar los deberes positivos generales; en este caso tendrá que admitir que el argumento de la no interferencia no ofrece buenas razones para sostener que la fundamentación de los deberes positivos es diferente a la de los negativos.

El argumento de la igualdad sostiene que los derechos positivos no pueden ser compartidos igualmente por todos. Su ejercicio igualitario conduce a su autodestrucción. Si cada cual, por ejemplo, tiene un derecho fundamental a la subsistencia, ello significaría que cada cual puede no hacer nada y sin embargo, exigir alimentos: la igualdad en el ejercicio de este derecho conduce a su aniquilamiento.

Michael Levin (1984) ha expuesto claramente esta tesis. Su punto central es que los derechos positivos (contrapartida de los deberes positivos) o bien son universalizables y entonces al poseerlos todos no los puede gozar nadie, o bien están reservados a determinados grupos y por lo tanto no son universalizables:

> «Sólo los derechos negativos pueden ser universales e incondicionados... Derechos tales como los de la libertad de expresión son conspicuamente incondicionados: las garantías de no interferencia con respecto al derecho de libre expresión no están pensadas de manera tal que sólo se apliquen a ciudadanos que satisfacen alguna condición adicional . . . los de-

rechos positivos al producto social tienen que estar limitados a algún segmento de la población...» (1984, 91).

Este argumento padece de una confusión básica que resulta de creer que el principio de universalización implica la eliminación de toda distinción entre diferentes clases de obligados y de derecho habientes, ya que toda «segmentación» significaría privilegiar a un grupo o a una clase de personas. Las consecuencias de esta implicación son por cierto inquietantes: el deber de imparcialidad, que está impuesto al «segmento» de los jueces, no podría ser fundamentado moralmente porque no es universalizable de forma tal que sea aplicable a todos los seres humanos en todas las situaciones (basta pensar en los deberes de la amistad y su relación con la imparcialidad). Creer que universalización significa la eliminación de toda distinción entre los agentes morales es confundir universalización con incondicionalidad y establecer un igualitarismo que sí destruye la posibilidad de vigencia de preceptos generales.

Al juez Brandeis se le podría responder con Leibniz:

> «Alguien puede decir: Yo me contento con que los otros no me dañen, no les pido su ayuda y tampoco quiero hacer ni pedir más. Pero, ¿es posible sostener este lenguaje sinceramente? Que él mismo se pregunte qué diría y esperaría si él mismo se encontrara a punto de caer en un mal y alguien pudiera salvarlo con sólo mover su mano. ¿No consideraría que es un malvado y hasta su enemigo si no quisiera salvarlo en esta ocasión?» (1893, 55).

La imposibilidad de «sostener sinceramente» la obligación de no dañar y rechazar al mismo tiempo el deber de asistencia encontró su formulación clásica en Kant:

> «... alguien a quien le va bien, ve que otros tienen que luchar con grandes dificultades (y a quienes podría ayudar): ¿qué me importa esto a mí? Que cualquiera sea tan feliz como el Cielo lo quiera o como él mismo pueda lograrlo, no le quitaré nada, ni siquiera lo envidiaré; pero con respecto a su bienestar, a prestarle ayuda en su penuria, no tengo ganas de contribuir en algo... A pesar de que es posible que pudiera existir una ley general de acuerdo con esta máxima, es imposible querer que una tal ley natural valga siempre. Pues una voluntad que dispusiera esto se contradiría a sí misma en los casos ... en los que necesita del afecto y de la solidaridad de otros y en los cuales, en virtud de la ley natural surgida de su propia voluntad, se privaría a él mismo de toda esperanza de la ayuda que él mismo desea» (1956 [1], 54).

Por supuesto que puede darse el caso de que alguien tenga una fuerza de voluntad tal que, aun estando en situación de penuria, no requiera la ayuda de otros, precisamente para no entrar en contradicción con la máxima que él mismo sostiene, es decir, permanecer indiferente frente a la penuria de los demás. Esta situación es similar a la de quien rechaza la existencia de deberes negativos, por ejemplo, la prohibición de matar, porque se considera lo suficientemente fuerte como para resistir el peligro de ser muerto y no quiere privarse de la libertad de matar. Esto nos vuelve nuevamente a plantear el caso del «tonto» o del «outsider» y pone de manifiesto dos cosas: a) los mismos argumentos valen para la aceptación o rechazo de los deberes negativos y positivos; b) una fundamentación de los deberes morales basada exclusivamente en el interés individual no nos libera del problema del «ton-

to», del «outsider» o del «fanático». El punto a) confirma la tesis aquí sostenida y b) sugiere la conveniencia de no reducir la fundamentación de las normas éticas a la consideración de razones estratégicas sino a buscar- también en los casos en que se recurra a una racionalidad consensual- un apoyo en el reconocimiento de derechos que son considerados como bienes necesarios, no susceptibles de ser recortados de acuerdo con las preferencias individuales del agente (cfr. Gewirth 1978, 164, s.).

Si se acepta que los deberes negativos son impuestos para la protección de bienes necesarios que no deben ser dañados y se está también de acuerdo en que no prestar ayuda a quien se encuentra en situación de penuria es infringirle un daño que permite calificar de «enemigo» a quien así actúa, es también obvio que las razones que valen para la implantación de los deberes negativos valen también para los positivos. Esto es lo que Leibniz llamaba el principio de equidad, es decir, de identidad o igualdad de razones. La negación de este principio conduce a una fatal contradicción.

Pero, si son las mismas razones las que rigen para los deberes negativos y para los positivos, podría concluirse que se trata tan sólo de un único deber: el deber de no dañar, que posee una versión positiva y otra negativa. Ésta es la propuesta de John Harris (1980, 60):

> «Tenemos el deber de no dañar a nadie omitiendo acciones que si se hubieran realizado hubieran evitado el daño. Éste sería el modo pasivo del mismo deber que en modo activo puede ser expresado como el deber de no dañar a nadie realizando acciones perjudiciales, cuya realización podría haber sido evitada.»

La sugerencia es sin duda atractiva, pero su aceptación significaría desconocer que entre los deberes negativos y los positivos existen las asimetrías señaladas más arriba: aunque el objetivo perseguido con la implantación de los deberes positivos es el mismo que el de los deberes negativos, es decir, no dañar bienes necesarios, las prestaciones de ambos tipos de deberes son diferentes y conviene por ello mantener su distinción.

Que la existencia de deberes negativos generales es necesaria para posibilitar la vida en sociedad es algo que no requiere aquí mayor explicación; lo que me importa en cambio es saber si son suficientes para lograr este fin. Aunque de lo hasta ahora expuesto es obvio que la respuesta a esta cuestión habrá de ser negativa, conviene detenerse brevemente en su consideración. A ella está dedicada la sección siguiente.

III

> «No es la existencia de un deber lo que hace que la muerte de quien se está ahogando sea una consecuencia de que no le hayamos prestado auxilio sino que es más bien el hecho que, a menos que lo auxiliemos morirá, lo que hace que auxiliarlo sea nuestro deber.»

Esta frase de John Harris (1980, 31) pienso que es adecuada para poner el acento en el objetivo central de una ética normativa. Los deberes que ella impone -sean negativos o positivos- no constituyen un fin en sí mismos sino que tienen un carácter eminentemente instrumental, es decir, asegurar la protección de bienes que se consideran valiosos. Por ello es que la ética

no es un lujo o un ejercicio más o menos ingenioso de los filósofos sino un conjunto de reglas con fines pragmáticos.

La existencia de deberes negativos generales es una de las características del llamado «estado de naturaleza» en su versión lockeana, cuya superación es el punto de partida de la justificación del Estado liberal. El objetivo de esta superación era la eliminación de la inseguridad social provocada principalmente por la vulnerabilidad humana, el altruismo limitado, la igualdad aproximada, la comprensión y fuerza de voluntad limitadas y la limitación de recursos (cfr. H. L. A. Hart 1961, 190 ss.). La propuesta de solución fue la institucionalización de deberes positivos especiales reducidos a las funciones de la policía y del juez. Hasta qué punto esta vía fue insuficiente lo demuestra la historia de las crisis del Estado liberal en su versión restringida de conjunción de deberes negativos generales y deberes positivos especiales. La necesidad de ampliar el campo de los deberes positivos especiales dio origen así al Estado social de derecho.

Pero así como en el plano de la moral individual la creación del Estado lockeano no eximía de la obligación de cumplir los deberes negativos generales, tampoco el establecimiento del Estado social exime de la obligación de cumplir con los deberes positivos generales, cuya justificación es la misma que la de los deberes negativos generales: la protección de bienes que se consideran valiosos. La clase de estos bienes está definida por criterios de coherencia y de equidad; es decir, no es posible excluir de ella arbitrariamente bienes que poseen las características definitorias para ser sus miembros. John Rawls ha acuñado la feliz expresión «bienes primarios» y Peter Singer ha introducido en la ética la idea del «círculo en expansión».

El concepto de Rawls hace referencia a aquEllos bienes que son necesarios para la realización de cualquier plan de vida; desde este punto de vista, no es posible incluir en su clase tan sólo a la vida y la seguridad de la propiedad e ignorar que sin recursos para la subsistencia la vida misma resulta imposible. La idea de Singer nos pone de manifiesto que si se acepta el punto de vista moral, no es posible quedarse a medio camino retaceando el reconocimiento de bienes primarios sino que hay que aceptar la tendencia a una creciente protección de las necesidades humanas si es que se quiere aplicar coherentemente los principios morales de la imparcialidad, la universabilidad y el respeto por la autonomía personal.

En la tradición europea del liberalismo, esta vía comenzó a recorrerse con el reconocimiento de la necesidad de proteger al físicamente más débil y ahorrar los costos de la autodefensa. Que la debilidad de los integrantes de un grupo social puede ser no sólo física es cosa harto sabida y que existen sociedades en las cuales la insatisfacción de necesidades vitales es tan grande que ni siquiera tiene sentido comenzar a hablar de la justicia, como diría Rawls, también. La misma idea de protección al «débil» y su equiparación al «fuerte» exige por ello un refuerzo de los deberes positivos de asistencia. Ello aumenta por cierto la clase de las omisiones moralmente reprochables pero no nos lleva al «dilema de Fishkin» ni nos hace responsables por todos los males que ocurran en el mundo. El reconocimiento de deberes positivos generales no significa tampoco la autodestrucción de los obligados ni es la etapa previa al «trágico evento» de la pauperización general que preveía T. R.

Malthus (1800, 17 s.). El límite del «sacrificio trivial» impide que ello se produzca. Si esto es así, la coherencia liberal parece exigir la aceptación de lo que ha sido llamado el «Estado social de derecho». Pero éste es un tema que escapa a los límites de este trabajo y que apunta al problema de la legitimidad de las instituciones sociales. Aquí tan sólo quería referirme a la justificación moral de los deberes positivos generales en las relaciones interpersonales.

BIBLIOGRAFÍA

Belliotti, Raymond A. (1981): «Negative and Positive Duties» en *Theoria* vol. XLVII, Part 2.

Boyson, Rhodes (ed) (1971): *Down with the Poor,* Londres

Brennan, Geoffrey y Loren Lomansky (1984): «Inefficient Unanimity» en *Journal of Applied Philosophy,* vol 1, N.º 1.

Cohen, Jonathan (1981): «Who is starving whom?» en *Theoria,* vol. XLVII. part 2.

Collins, Joseph y Frances Moore Lappé (1977): *Food First - Beyond the Myth of Scarcity,* San Francisco.

Feinberg, Joel (1983): *«The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan,* ponencia presentada en el 11 Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Helsinki.

Feinberg, Joel (1983[2]): «Legal Paternalism» en Rolf Sartorius (comp.), *Paternalism,* University of Minnesota.

Fishkin James S. (1982): *The limits of Obligation,* New Haven.

Fletcher, Josef (1976): «Feeding the Hungry: An Ethical Appraisal» en George R. Lucas (ed.), *Lifeboat Ethics.* Nueva York.

Gewirth, Alan (1978): *Reason and Morality,* Chicago.

Glover, Jonathan (1977): *Causing Death and Saving Lives,* Londres.

Hardin ,Garret (1976): «Carrying Capacity as an Ethical Concept» en George R. Lucas (ed.), *Lifeboat Ethics,* Nueva York

Harris John (1980): *Violence and Responsibility,* Londres

Hart, H. L. A. (1961): *The Concept of Law,* Oxford.

Hodson John D. (1983): *The Ethics of Legal Coertion,* Londres

Honderich, Ted (1980): *Violence for Equality,* Suffolk

Kant, I. (1956[1]): *Grundlegungung Metaphysik der Sitten* (1956[2]): *Die Metaphysik der Sitten* en *Werke* (edición a cargo de Wilhelm Weischedel), tomo IV, Darmstadt

Leibniz. G. W. (1893): «Méditation sur la notion commune de la justice» en G. Mollat (ed.), *Mitteilungen aus Leibnizens ungedrückten Schriften,* Leipzig

Levin, Michael (1984): «Negative Liberty» en *Social Philosophy and Policy,* vol. 2, I.

Malthus, T. R. (1800): *An Investigation of the Cause of the Present High Price of Provisions,* Londres

MacGuire, Martin C. (1985): «The Calculus of Moral Obligation» en *Ethics,* vol. 95, N.º 2

Murphy, Jeffrie (1979): *Retribution, Justice and Therapy,* Londres

Nozick, Robert (1974): *Anarchy, State and Utopia,* Cambridge

Shue, Henry (1983): «The Limits of Obligation» en *Political Theory,* vol. 11, N.º 2.

Ross, W. D. (1963): *The Right and the Good,* Oxford.

Sen, Amartya (1982): *Poverty and Famines - An Essay on Entitlement and Deprivation,* Oxford.

Singer, Peter (1979): *Practical Ethics,* Cambridge.

Trammell, Richard L. (1975): «Saving Life and taking life» en *Journal of philosophy,* vol. 72.

Trammell, Richard L. (1976): «Tooley's moral symmetry principle» en *Philosophy and public affairs,* vol. 5.

Wellman, Carl (1982): *Welfare Rights,* Totowa, New Jersey.

Wright, Georg H. von (1963): *The Varieties of Goodness,* Londres.

LOS DEBERES POSITIVOS GENERALES Y LA DETERMINACIÓN DE SUS LÍMITES

(Observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)

La discusión en torno a la existencia, fundamentación y límites de los deberes positivos generales se mueve entre dos extremos, de los que son buena muestra las posiciones de Nozick Singer[1]. En efecto, quien -como Ernesto Garzón Valdés desee sostener la existencia de deberes positivos generales, pero con un alcance limitado (que el cumplimiento de los mismos no implique más que un sacrificio trivial), ha de batirse simultáneamente en dos frentes, cuidándose en todo momento de que las armas que emplea contra uno de los adversarios no refuercen inadvertidamente la posición del otro.

Por un lado ha de criticar la idea de que nuestros únicos deberes morales consisten en abstenciones, tratando de demostrar que las mismas razones que se dan en favor de dichos deberes negativos apoyan la existencia de deberes positivos, de manera que quien -como Nozick- negase la existencia de éstos últimos carecería de una posición moral coherente. Pero al mismo tiempo ha de sortear la postura de quien -como Peter Singer- asume de una forma tan radical esa idea que no se conforma con prestaciones positivas menores que las que llegan hasta el punto donde comienza la utilidad marginal decreciente, algo bastante alejado de nuestras convicciones morales ordinarias, pero conclusión obligada -diría Singer- de las razones esgrimidas frente a los partidarios-de un punto de vista a lo Nozick. Como los argumentos en contra de este último me parecen suficientemente sólidos -la cuestión más espinosa parece ser la de poner límites a nuestros deberes positivos, de modo que no nos veamos abocados a la extraordinariamente exigente posición de Singer. Ahora bien, la determinación de dichos límites, como es obvio, debe evitar cualquier apariencia de solución *ad hoc* y, en particular, debe ser coherente con los argumentos ofrecidos en su momento frente a quien afirma la existencia exclusiva de deberes negativos.

La tarea no es fácil. Hay incluso quien, como James Fishkin,[2] ha considerado que nos aprisiona entre los cuernos de un dilema: de una forma u otra habríamos de renunciar a una parte de nuestra moral positiva, que

1 Véase Robert Nozick, ***Anarchy, State and Utopia,*** New York, Basic Books, 1974; y Peter Singer, «Famine, Affluence and Morality», ***Philosophy*** & ***Public Affairs,*** 1 (1972), 229-243 [ahora en P. Laslett y J. S. Fishkin (eds.), ***Philosophy, Politics and Society,*** *5th* ***series,*** Oxford, Basil Blackwell, 1979].

2 James Fishkin, ***The Limits of Obligation,*** New Haven/London, Yale University Press, 1982.

revelaría así su falta de coherencia (por supuesto se está simplificando al hablar de «nuestra» moral positiva o de «nuestras convicciones morales comunes»: en una sociedad ideológicamente fragmentada estas expresiones deben entenderse en el sentido de «las convicciones morales más enraizadas en un mayor número de personas»).

Ernesto Garzón ha tratado de señalar la salida del laberinto, ofreciendo una justificación de la existencia de los deberes positivos generales y de sus límites, lo que desvanecería el tan traído y llevado «dilema de Fishkin». La tesis de mi artículo es que por lo que se refiere al problema de los límites, su propuesta no es plenamente convincente, y ello a pesar del gran número de dificultades que su análisis resuelve satisfactoriamente. En concreto, aunque su crítica a Fishkin me parece acertada, creo que es posible llegar a una reformulación del dilema capaz de salvar las objeciones que merecidamente plantea Garzón a su versión original. Aunque creo que la entrada en juego de las instituciones genera problemas específicos en los que sería preciso profundizar, no me ocuparé de ellos y me limitaré, como Garzón, al plano de las relaciones interpersonales.

Divideré el contenido de mi argumentación en tres partes: en la primera me ocupo de algunas cuestiones conceptuales que tienen que ver con las nociones de daño y beneficio, de deberes imperfectos y, en relación con todo ello, la definición misma de «deberes positivos generales». Todo este apartado tiene un carácter más bien técnico -y quizá un tanto árido- y aunque muestro en él mi desacuerdo con varios puntos concretos del análisis de Garzón creo que ninguno de ellos prejuzga el fondo del problema. En la segunda abordo el problema central de la determinación de los límites de los deberes positivos generales, argumentando en favor de lo que, en contraposición a la postura de Garzón, llamaré «altruísmo más que mínimo», reconociendo que implica una desviación considerable de nuestras convicciones morales ordinarias y que, por lo tanto, seguimos en cierta forma prisioneros de un dilema. En la tercera, y a modo de conclusión, se ofrecen algunas consideraciones sobre la naturaleza de ese dilema.

I

Los conceptos de daño y beneficio son tan sencillos a primera vista como insospechadamente complejos en cuanto se procede a su análisis minucioso. En mi opinión Ernesto Garzón ha avanzado un buen trecho en la dirección correcta, disipando el tipo de error más frecuente (el consistente en creer que quien no evita la producción de un mal en ningún caso daña, sino que, simplemente, «no beneficia»). Me parece, sin embargo, que subsisten aún algunas dificultades en su planteamiento, que tienen que ver con no haber diferenciado adecuadamente los sentidos descriptivo y normativo de «daño» y «beneficio» y con la relativa indeterminación de la idea de *status quo ante.* Trataré de explicar en primer lugar mi discrepancia con su análisis, para abordar después la cuestión de cuál pueda ser la trascendencia, respecto al fondo del asunto, de la modificación que propongo.

Para Garzón las ideas de «dañar» y «beneficiar» deben entenderse a partir de la comparación de dos estados de cosas sucesivos -que llamaré por comodidad EC_1 y EC_2-, siendo el caso que tales «estados de cosas»

suponen un cierto grado de satisfacción de los intereses -en sentido muy amplio- de un sujeto A y que el paso de EC_1 a EC_2 ha sido causado bien por la acción de un sujeto B, *o bien* porque, concurriendo los requisitos apropiados (podía haber actuado sin que ello le supusiera un sacrificio serio), B no ha interrumpido una cadena causal -no puesta en marcha por él- que conduce de EC_1 a EC_2. En ambos casos -actuando o absteniéndose de actuar-, B daña a A si EC_1 es mejor que EC_2; si EC_2 hubiera sido peor que EC_1 de no mediar la intervención de B y dicha intervención ha determinado que ambos estados de cosas sean iguales, B *no ha beneficiado* a A, sino que se ha limitado a no dañarle.

Hasta aquí los conceptos de daño y beneficio parecen ser enteramente descriptivos: lo que hay que hacer para determinar si se ha producido uno u otro -o ninguno de los dos- es comparar dos estados de cosas. Ahora bien, los problemas surgen cuando nos preguntamos *dónde* hay que situar EC_1 (es decir, qué hemos de entender por *status quo ante).* En este sentido puede resultar interesante comparar dos pasajes del texto de Garzón, donde se aprecia a mi juicio una oscilación que puede ser significativa:

> « [. . .] por supuesto que si al negar mi ayuda impido que alguien recupere el status en el que se encontraba *antes de comenzar a padecer el mal cuya superación está bajo mi control,* lo he dañado» [el subrayado es mío].

> «Debemos en cambio agradecimiento a quienes nos benefician, es decir, a quienes nos colocan en una situación mejor a la que nos encontrábamos *con anterioridad a la recepción del beneficio [. . .]»* [el subrayado es mío].

¿Por qué el momento relevante para determinar el *status quo ante* -es decir, para localizar EC_1- es en un caso el anterior al comienzo del mal cuya superación está bajo mi control y en otro el anterior a la recepción del beneficio? Si en el tan socorrido caso de la persona que está a punto de ahogarse se considera que EC_1 es el momento anterior a su caída al agua, quien efectúa el salvamento se ha limitado a no dañar, no ha beneficiado; pero si entendemos por EC_1 el momento «anterior a la recepción del beneficio» (cuando el sujeto, ya en el agua, está en peligro de muerte) la valoración de la acción del salvador cambia. Parece por tanto que los momentos en juego no son ya dos, sino tres (EC_0 -anterior a la producción del mal-, CE_1 -posterior a la producción del mal y anterior a la recepción de la ayuda- y EC_2 -posterior a la recepción de la ayuda y efecto de la misma-). ¿Cuál es el estado de cosas que hay que comparar con EC_2, EC_0 o EC_1? Parece que *en este caso* la respuesta sensata es «EC_0». El problema surge porque en otros ejemplos, con la misma naturalidad, la respuesta correcta parece ser «EC_1». Considérese el siguiente caso: A transporta a duras penas por la calle un objeto considerablemente pesado; B, que contempla casualmente la escena mientras pasea y de mayor fortaleza física que A, se brinda para cargar el objeto (lo que no supone para él ningún sacrificio relevante). Parece sensato decir que B ha beneficiado a A, cuya situación actual (EC_2) es mejor que la inmediatamente anterior a la recepción de la ayuda (EC_1), de lo que se sigue además que si *B* no hubiese prestado su ayuda no le habría dañado. ¿Pero por qué no comparamos *en este caso* EC_2 con EC_0? Una cosa es evidente: la selección del estado de cosas que ha de operar como término de comparación no puede ser arbitraria. ¿De qué ha de depender enton-

ces? A mi juicio la respuesta es la siguiente: depende de los *derechos y deberes* presentes en el caso. Y, en consecuencia, «daño» y «beneficio» funcionan como conceptos *normativos:* no se tiene el deber de actuar porque la abstención provoque un daño, sino que la abstención provoca un daño *si* se tenía el deber de actuar.

Para desarrollar más a fondo estas ideas me serviré del análisis de Joel Feinberg [3]. Feinberg distingue dos sentidos de «dañar», uno descriptivo y otro normativo (respectivamente «harming» y «wronging», que traduciré, a falta de una terminología más afortunada, como «dañar» y «agraviar»): se causa un daño a A cuando -por acción u omisión -se frustra alguno de sus intereses; pero no todos los «daños» son «agravios», puesto que en ocasiones A *no tenía derecho* a que se evitara la frustración de su interés (en el ejemplo de Feinberg, si el gobernador del estado desatiende la petición de indulto de un condenado, es indudable que le «daña», pero no le «agravia»; por eso mismo, si ejerce su derecho de gracia no se ha limitado a no dañarle, sino que le ha beneficiado[4]). En consecuencia, la mera noción de «daño» (descriptiva) es insuficiente para determinar si se ha beneficiado o meramente no se ha dañado: el concepto que permite captar la diferencia es el de «agravio», para hallarnos en presencia del cual es preciso suponer la existencia de un derecho a la recepción de la ayuda necesaria para evitar la frustración del interés (y en consecuencia -soslayando de momento los arduos problemas que plantea la correlatividad derechos/deberes-, de un deber de ayudar). En palabras de Feinberg [5] .

> «[.. .] hay dos tipos de factores que determinan si la conducta de A hacia B le daña o le beneficia: (1) los efectos de la conducta en la curva de interés de B y (2) si A tenía o no el deber frente a B de actuar de la forma en que lo hizo. El punto importante tiene que ver con *la manera en que el factor (2) afecta al modo en que se determina el factor (1).* Cuando no existe el deber de ayudar *utilizamos un punto de partida diferente* para medir beneficios y daños.»

Creo que ahora estamos en condiciones de apreciar que en cierto modo Garzón Valdés está haciendo supuesto de la cuestión cuando afirma que «no existe diferencia entre el daño que causa la violación de un deber positivo y la de un deber negativo» siempre que se trate del mismo bien y se den las mismas circunstancias relevantes. Si partimos de la base de que existía un deber positivo, entonces la afirmación es impecable; el problema, claro está, estriba en determinar si en un supuesto concreto la omisión de la ayuda constituye o no la violación de un deber positivo. O con otras palabras: cuando en caso de duda nos preguntamos qué deberes positivos tenemos no po-

3 En *Harm to Others (The Moral Limits of the Criminal Law);* Oxford/New York, Oxford University Press, 1984; esp. págs. 34-36, 105-108 y 130-150.

4 *Op. cit.,* pág. 140.

5 *Op. cit.,* pág. 142, Los subrayados son míos. Una idea similar puede verse en Frances Myrna Kamm, «Harming, Not Aiding and Positive Rights», en *Philisophy* & *Public Affairs,* 15 (1986), 3-32; págs. 24-27.

demos tomar como punto de partida la idea de que su omisión produciría un daño, so pena de vernos envueltos en un razonamiento circular.

La importancia de esta observación radica en cuál debe ser el uso apropiado de lo que llamaré en general «argumentos de simetría». Autores como Glover, Rachels o Tooley[6], entre otros, al analizar los conceptos de daño y beneficio y el status causal de las omisiones parecen seguir una línea de razonamiento que podría resumirse del siguiente modo: 1) partimos de la existencia de deberes negativos que prohiben causar daño a otros, cuya justificación damos por supuesta; 2) se refutan las ideas de que las omisiones no pueden ser causa de un resultado o de que, *ceteris paribus* la responsabilidad moral que cabe imputar a una acción es mayor que la que se ha de imputar a una omisión cuando ambas producen el mismo resultado; 3) se llega entonces a la formulación de un «superprincipio» que prohibe dañar en general, tanto por acción como por omisión, creyendo que no se necesita ya una *justificación adicional* de los deberes positivos que se postulan -sean los que fueren-, puesto que, a partir de la «constatación» de que su omisión «daña», se los supone amparados bajo el «paraguas» de la justificación presupuesta de los deberes negativos. En mi opinión (2) es correcta, pero (3) no se sigue de (1) y (2): puesto que la no prestación de ayuda sólo es constitutiva de daño si existía el deber de asistencia, lo que se necesita es una *justificación independiente* del deber positivo que se postula. Los «argumentos de simetría» son una buena réplica, una buena respuesta defensiva, frente a quienes consideran que cualquier ayuda que evita la producción o persistencia de un mal para un tercero tiene que ser un acto supererogatorio-; lo que no se sigue de ellos es qué deberes positivos tenemos ni cuáles son sus límites, no sirven como base exclusiva de la justificación independiente de los deberes positivos.

La posición de Ernesto Garzón a este respecto no me parece del todo clara. Cuando trata el tema del status causal de las omisiones, advierte -a mi juicio de manera irreprochable-, cómo para poder hablar de «omisión» es necesario haber aceptado antes la existencia de la obligación y cómo, en consecuencia, la cuestión decisiva radica en los «argumentos en favor de la existencia de deberes positivos generales» (lo que yo he llamado antes su «justificación independiente»), perdiendo por tanto su relevancia la distinción acción/omisión.

No creo, sin embargo, que su planteamiento sea igual de claro al ocuparse del par conceptual daño/beneficio. Cuando, p. ej., censura la afirmación de Ross según la cual el deber de no dañar es «más obligatorio *prima facie* » que el deber de beneficencia, de la que dice que plantea una contraposición falsa [p. 5], porque «la negación interna [. . .] de dañar no es beneficiar, sino simplemente no dañar», la crítica no parece ser del todo justa (parece, más bien, que viene propiciada por un cierto enredo terminológico[7]). El problema, por supuesto, es diferenciar el *deber* positivo de ayuda mutua

6 Véase Jonathan Glover, *Causing Death and Saving Lives,* Harmondsworth, Penguin Books, 1977; James Rachels, «Active and Passive Euthanasia», orig, en *The New England Journal of Medicine,* vol. 294 (1975), ahora en Bonnie Steinbock (ed.), *Killing and Letting Die,* Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1980; Michael Tooley, «Abortion and Infanticide» *Philosophy & Public Affairs,* 2 (1972), 37-65.

(DPAM) del acto *supererogatorio* de beneficencia (ASB): si en una contraposición como la que plantea Ross entendemos que bajo la rúbrica «deber de no dañar» entran sólo abstenciones, deberes negativos, y bajo «deber de beneficencia» entran *confundidos* DPAM y ASB, entonces su rechazo está justificado; si por el contrario -aprovechando el sentido aceptable de los argumentos de simetría- entendemos que el deber de no dañar engloba deberes negativos y DPAM, que se contraponen a los actos de beneficencia, entonces no hay nada censurable en predicar de los primeros una exigibilidad moral de la que carecen los segundos (lo que sí puede haber, en todo caso, es una terminología poco afortunada).

En resumen, los argumentos de simetría clarifican la distinción *conceptual* entre DPAM y ASB, pero dejan enteramente abierta - y no podía ser de otra manera- la cuestión de *cómo* y *dónde* ha de trazarse la divisoria *sustantiva* entre ambos: nos ayudan a entender con mayor precisión *qué es* un deber positivo de ayuda mutua y en qué se diferencia de un acto supererogatorio de beneficencia, pero no sirven de base para decidir si una acción constituye el cumplimiento de uno de los primeros o la realización de uno de los segundos. Creo que Garzón Valdés, en su análisis de las nociones de daño y beneficio, no siempre ha mantenido separados el plano conceptual y el sustantivo.

Quizá merezca la pena insistir en cómo muchos de los problemas que surgen en este terreno se deben a la carencia total de una terminología unificada. Para aumentar la complejidad, unas veces las diferencias terminológicas reflejan desacuerdos conceptuales y otras no (con lo que sólo en algunas ocasiones es posible «traducir» el léxico de un autor a los términos que emplea otro sin solapamientos ni discontinuidades[8]). Cuando se habla, p. ej.,

7 La noción de «más obligatorio *prima facie*» resulta sumamente confusa, no ya por la utilización de la problemática y discutida idea de obligación *prima facie*, sino porque lo que entra en juego parecen ser no tanto distintos grados de obligatoridad como dos diferentes categorías morales: lo obligatorio y lo no obligatorio. David A. J. Richards -en *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, Clarendon Press, 1971, págs. 93-95- ilustra con detalle cómo en torno al problema reseñado -la distinción DPAM/ASB- se ha generado una confusión notable por la inexistencia de una terminología común (en particular, por los distintos criterios de uso de «deber»); autores como Kant, Price o Sidgwick extendieron el término «deber» hasta abarcar los actos de beneficencia (distinguiendo después variedades de deber: perfectos/imperfectos, etc); en el extremo opuesto, Hart o Baier consideran inadecuada la terminología de «deber» tanto para los actos de beneficencia como para la ayuda mutua, restringiendo su uso a contextos en que operan determinados papeles sociales; entre unos y otros, autores como D'Arcy, Findlay o Grice emplean «deber» de manera que cubre la ayuda mutua, pero no los actos de beneficencia.

8 Para la reconstrucción del punto de vista de los clásicos que con mayor frecuencia se traen a colación en este terreno, Kant y Mill, vid. Paul D. Eisenberg, «From the Forbidden to the Supererogatory: The Basic Ethical Categories in Kant's *Tugendlehre*», *American Philosophical Quartely*, 3 (1966), 255-269; y David Lyons, «Benevolence and Justice in Mill», en Harlan B. Miller y William H. Williams (eds.) *The Limits of Utilitarianism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1982, págs. 42-70. Véase en particular, en el trabajo de Lyons, cómo en contra de algunas interpretaciones relativamente difundidas Mill reconocía -bajo la rúbrica de «nonjustice obligations»- ciertos deberes positivos de asistencia mutua, cuyo cumplimiento podía ser legítimamente impuesto por los poderes públicos *(op. cit.*, págs. 49-52).

de deberes perfectos e imperfectos se puede hacer referencia, según los casos, a una o más de las siguientes cuestiones (combinadas a su vez de distintas maneras): la distinción entre lo obligatorio y lo supererogatorio; la diferencia entre lo obligatorio (aquí, en el sentido de coercible) y lo debido (aquí, en el sentido de moralmente exigible, pero no coercible); la existencia o no de derechos correlativos; la existencia de derechos correlativos determinados -en cuanto a sujeto y ocasión- o de derechos correlativos frente a un colectivo[9] e indeterminados en cuanto a la ocasión; etc. De esta manera, el significado que haya de atribuirse a una expresión como «deber imperfecto» depende del conjunto de la teoría moral en la que se inserta: si todo ese trasfondo no se explicita, pueden surgir serios equívocos al plantearse cuestiones como, p. ej., si el deber de ayudar a un tercero para evitar la producción o persistencia de un mal constituye un deber «perfecto» o «imperfecto».

En este momento no es posible reconstruir con la extensión que merecería toda la complejidad que rodea a la noción de deberes imperfectos; querría tan sólo, para cerrar este primer apartado, relacionar uno de los sentidos posibles del concepto con la definición misma de los deberes positivos generales que nos ofrece Ernesto Garzón. Quizá el sentido más aprovechable de la noción de deberes imperfectos es el que lo define como aquéllos en los que «hay más personas que asistir que recursos [en la persona del sujeto del deber] para asistirlas efectivamente»[10], de manera que ninguno de los individuos en particular tiene derecho a ser uno de los destinatarios de la ayuda. Es evidente que, en este sentido, pueden ser imperfectos tanto los deberes positivos generales como los especiales. Por otra parte, a tenor de la definición de deberes positivos generales que hace suya Garzón Valdés, está igualmente claro que éstos pueden ser imperfectos o no serlo (si A, sentado al borde de un estanque, puede salvar a un niño a punto de ahogarse con sólo extender su mano, el deber de prestar ayuda es perfecto; diríamos que el niño tiene un derecho frente a A y no diríamos que la ocasión de cumplimiento del deber queda librada a la elección de A: ha de cumplirlo precisamente ahora). Pues bien, mi propuesta es redefinir qué debe entenderse por «deberes positivos generales» y hacerlo de tal manera que *todos ellos* sean deberes imperfectos, lo que a mi juicio nos haría ganar en claridad.

Para Ernesto Garzón son deberes positivos generales «aquéllos que no dependen de la identidad del obligado ni de la de los destinatarios de estos deberes, y que tampoco surgen en virtud de relaciones contractuales previas». Al hablar de la identidad del obligado o de la de los destinatarios parece referirse a relaciones de parentesco o al desempeño de roles sociales de otro tipo. De este modo se obtiene, a mi juicio, un concepto de deberes positivos generales excesivamente amplio, dentro del cual caben situaciones que sería conveniente diferenciar.

9 Tener un derecho a ser tratado de cierta forma frente a un grupo no es necesariamente lo mismo que tener derecho a ser tratado en esa forma frente a *cada uno* de los miembros del grupo; véase al respecto Michael Mc Kinsey, «Obligations to the Starving», *Noûs,* 15 (1981) 309-323, esp. págs. 316-317.

10 Joel Feinberg, *Harm to Others,* cit., pág. 144.

Pensemos en las siguientes: 1) A y B han sufrido un grave accidente y necesitan urgentemente una transfusión de sangre, pero la pequeña clínica a la que se les ha conducido no dispone de banco de sangre ni hay tiempo para buscarla en otro lugar; C, alguien que casualmente se encuentra allí y a quien no une vínculo alguno ni con A ni con B, resulta ser, en razón de su tipo de sangre, el único apto para donarla; la cantidad total de sangre que A y B necesitan para salvarse puede ser donada por C sin que ello perjudique su salud. 2) La misma situación que (1), con la única diferencia de que son dos, C y D, las personas que pueden donar su sangre. 3) C, consciente de que su sangre puede salvar la vida de otros, acude cada X meses a un banco de sangre y realiza una pequeña donación.

Para Ernesto Garzón en los tres supuestos estamos en presencia de deberes positivos generales. Según mi propuesta de definición, en (1) habría un deber positivo especial (perfecto); en (2), un deber positivo especial (perfecto) compartido; en (3), un deber positivo general (imperfecto). Para dar razón de esta clasificación hemos de añadir una tercera característica-además de la concurrencia de ciertos roles o de relaciones contractuales- al catálogo de rasgos definitorios de los deberes positivos especiales: ser el *único* que en las circunstancias concretas del caso está en condiciones de prestar ayuda[11]. Compartir entre varios un deber positivo perfecto no es lo mismo que tener un deber imperfecto: el primer caso es enteramente análogo a las «obligaciones solidarias» del derecho privado (cada uno de los obligados lo está por el todo frente al destinatario -o destinatarios- de la obligación, que tiene(n) derecho a reclamar el todo *indistintamente* a cualquiera de los obligados).

¿Qué se gana con esta modificación? La literatura sobre los deberes positivos está ligada fundamentalmente a la discusión de dos problemas prácticos, la presunta diferencia moral entre «matar» y «dejar morir» -en relación con cuestiones como el aborto y la eutanasia- y la ayuda contra el hambre para materializar el derecho a un mínimo vital. Si nos interesa, p. ej., el segundo de ellos, hemos de preguntarnos hasta qué punto podemos servirnos de ejemplos como el ya tópico del niño a punto de ahogarse -o el caso (1) de los tres que acabo de proponer- para extraer de ellos ciertas conclusiones que después generalizamos para todos los deberes positivos generales y, en consecuencia, aplicamos también al caso que realmente nos interesa. Puede que ese paso no sea válido, porque el punto de partida y el de llegada no son homogéneos.

Para ilustrar hasta qué punto no lo son -y, por tanto, hasta qué punto conviene englobarlos en categorías conceptuales distintas- basta caer en la cuenta de lo absurdo que sería el resultado de aplicar a los casos (1) y (2) las reglas que propone Ernesto Garzón para evitar el dilema de Fishkin: si en (1) C acaba de donar la sangre que necesita A, ¿puede negarse a donar *ya mismo* la que necesita B, esperando a recuperar la cantidad donada, aunque en ese intervalo B va a fallecer?; si en (2) C puede donar él sólo la sangre que necesitan A y B, y D se niega a donar un solo cc., ¿puede C donar sólo

11 Es lo que hace Raziel Abelson, «To Do or Let Happen», *American Philosophical Quarterly*, 19 (1982) 219-228; pág. 226.

la que necesita A, alegando que no está moralmente obligado a compensar la no realización del sacrificio trivial de D, aunque ello represente la muerte de B? En definitiva, creo que la restricción de la clase de los deberes positivos generales de la manera que acabo de proponer aumenta la homogeneidad de los miembros de esa clase, con lo que la discusión gana en claridad.

Ninguna de estas matizaciones conceptuales, sin embargo, prejuzga el fondo del problema -qué deberes positivos tenemos y cuales son sus límites-. Ése es el centro de interés del siguiente apartado.

II

El problema de la determinación de los límites de los deberes positivos generales, en mi opinión, no ha recibido por el momento una respuesta satisfactoria. Tomaré como punto de partida las tesis sostenidas por James Fishkin en *The Limits of Obligation* [en adelante, *LO*], no porque me parezcan correctas, sino porque creo que introduciendo en ellas ciertas modificaciones -y siguiendo algunas observaciones del propio Fishkin desconectadas de su argumento central- pueden alumbrar un punto de vista distinto del de Ernesto Garzón.

Los problemas que rodean la determinación de los límites de los deberes positivos generales, según Fishkin, tienen su origen en la falta de adecuación de nuestros conceptos morales para los «grandes números»: cuando saltamos de lo microsocial a lo macrosocial pierden su aureola de conformidad con el sentido común y nos dejan sumidos en un estado de perplejidad. A su juicio la «estructura básica de la moral individual», *que incluye un «límite al heroísmo» y una «amplia zona de indiferencia», a gran escala,* es incompatible con la admisión de que tenemos al menos algunos deberes positivos generales («altruísmo mínimo»), porque si es trivial para A ayudar a B en las circunstancias X, entonces también lo será ayudar a cada una de *n* personas en esas mismas circunstancias, si bien cuando el número *n* de beneficiarios de la ayuda sea elevado la carga agregada que pesa sobre A asume proporciones heroicas. La paradójica conclusión a la que llegaríamos sería que el altruísmo mínimo es obligatorio a pequeña escala pero supererogatorio -por acumulación- a gran escala. Y cualquier intento de escapar a esa conclusión implicaría una severa revisión de la forma en que comúnmente pensamos y actuamos, porque exigiría abandonar alguna de las dos convicciones morales de las que partíamos.

En el razonamiento de Fishkin se detecta fácilmente un error que Garzón Valdés tiene toda la razón en denunciar, en la línea de autores como Henry Shue y Martin Mc Guire[12] . Cuando Fishkin afirma [*LO*, p. 72] que «estoy obligado por el principio de altruísmo mínimo a dar y seguir dando hasta que el sacrificio *marginal* [el subrayado es mío] implicado por cada acto de entrega sea más que mínimo», está descubriendo con nitidez el fallo de su

[12] Henry Shue, recensión de J. S. Fishkin, *The Limits of Obligation* (cit), en *Political Theory*, , ll (1983), 269-272; Martin McGuire, «The Calculus of Moral Obligation», *Ethics* 95 (1985), 199-223.

argumentación: el altruísmo mínimo exigiría seguir dando hasta que el sacrificio *agregado* implicado por *todos los actos de entrega hasta el actual* fuese más que mínimo. Es evidente que reiteraciones a gran escala de sacrificios marginalmente pequeños acaban suponiendo, tarde o temprano, un sacrificio acumulativo considerablemente gravoso, de manera que, como dice Shue, «la reiteración exigida de sacrificios marginalmente pequeños no tiene nada de mínima: es una exigencia extremadamente dura»[13] . En la argumentación de Fishkin se acaba rebasando el límite del heroísmo porque en el punto de partida se postula un principio moral que, tal como se maneja, de altruísmo mínimo tiene sólo el nombre. Una vez salvado el error, es cierto que el dilema se desvanece. No es cierto que si asumimos un altruísmo mínimo acabemos por encontrarnos, paso a paso, en un punto en el que estamos obligados a comportarnos heroicamente.

Ahora bien, la dificultad capital estriba en determinar por qué razón hemos de asumir como punto de partida el «altruísmo mínimo» y no un principio moral diferente. En concreto, ¿por qué nuestros deberes positivos generales llegan sólo hasta el punto en que nuestro sacrificio -no meramente marginal, sino agregado- deja de ser «trivial»? La idea de sacrificio trivial es coherente con la forma en que *nuestra moralidad positiva* traza la frontera entre lo obligatorio y lo supererogatorio; pero, desde luego, ésa no es una razón suficiente para que una *moralidad crítica* sitúe la divisoria en el mismo lugar.

Si partimos como hipótesis de un principio moral más exigente que el altruísmo mínimo (que llamaré «altruísmo más que mínimo») nos encontraremos en el mismo tipo de situación incómoda que ha descrito Fishkin: o bien adoptamos una postura incompatible con el «punto de vista moral» y negamos cualquier deber positivo, o de lo contrario llegamos a la exigencia de un deber de asistencia que rebasa el umbral del heroísmo (tal y como queda trazado, insisto, por la moralidad positiva). Y de este tipo de dilema ya no es posible salir reparando en el error de Fishkin. Veamos por qué: cuando Garzón critica -justificadamente- la «versión original» del dilema, escribe:

> «[...] en realidad sólo se puede llegar al límite del heroísmo y a la sobrecarga que destruye la 'estructura básica de nuestra moral individual' si se viola el presupuesto del que parte Fishkin, es decir, que el contenido de la obligación es siempre el mismo; un sacrificio trivial».

El error de Fishkin consiste en suponer que el sacrificio va pasando poco a poco de ser trivial a ser gravoso, y ya hemos visto por qué eso no es cierto; pero si el sacrificio es más que trivial *desde el principio,* entonces -como el propio Garzón admite implícitamente en su texto- el dilema se plan-

[13] *Op. cit.,* pág. 271. En algún momento el propio Fishkin parece ser consciente del error: «De todas formas, desde la perspectiva del agente aisladamente considerado, su *sacrificio anterior parece que ha de contar* de cara a si su conducta ha de ser considerada heroica. Después de todo, es la historia continuada de su vida [...]. Si los límites a las exigencias morales en la estructura básica de nuestra moralidad común tienen algún sentido, han de ser aplicados a un determinado agente a *lo largo del tiempo,* tomando en cuenta *la historia previa de sus acciones» [LO,* pág. 166]. Sin embargo, su argumentación central no es coherente con estas observaciones.

tea de manera irremisible. En definitiva, todo el peso del debate parece recaer en una cuestión: dónde ha de situar una moralidad crítica el límite entre lo obligatorio y lo supererogatorio y, en consecuencia, cuál es el nivel de sacrificio que debemos alcanzar en el cumplimiento de nuestros deberes positivos generales. Si el límite ha de situarse en el sacrificio trivial ha de haber una razón para que así sea, y ciertamente esa razón no puede ser que de lo contrario caeríamos en el dilema. Porque lo que la caída en el dilema revelaría, me parece, sería algo bastante sencillo: que nuestra moralidad positiva no pasa la prueba de una reflexión crítica. El problema de la idea de «sacrificio trivial» radica en que no se acierta a ver cuál es el principio moral que da razón de ese límite, que justifique *por qué* la divisoria ha de trazarse ahí y no en cualquier otro punto. Mientras no seamos capaces de encontrar una respuesta, el límite del sacrificio trivial tendrá toda la apariencia de una solución *ad hoc.*

Por otra parte, la ausencia de un principio justificador nos crea especiales problemas cuando tratamos de operar con un término vago como «trivial». Llamemos sacrificio «gravaso» (SG) al que no es trivial (ST): habrá casos claros de ST, casos claros de SG y casos en que será discutible si estamos en presencia de un ST o un SG («zona de penumbra»). Habrá muchos ST diferentes en su cuantía (p. ej., si entregar 100 es un ST, entregar 99, 98, 97, etc., también lo son). Se supone que estamos moralmente obligados a realizar un ST, pero ¿cuál? La primera posibilidad de respuesta es que resulta indiferente. Pero esa contestación debe hacer frente a serios problemas: en particular, debe explicar qué sentido tiene la entrada en juego de la regla (b) de las que propone Ernesto Garzón para evitar el dilema de Fishkin. Si para A es un ST dar 100, ¿cómo se justifica el decir que si sólo da 50 no se le puede exigir que dé *acto seguido* otros 50, sino que se debe esperar a que reponga la primera cantidad?[14] La regla (b) sólo tiene sentido como garantía de que la reiteración de ST no se convierta, por acumulación, en un SG (es decir, como garantía de que lo que se exige es, en todo momento, un altruísmo mínimo). Pero eso viene a significar que la justificación de la entrada en juego de la regla (b) requiere haber alcanzado algo así como un «máximo sacrificio trivial posible» -o la suma de ST sucesivos equivalente a él- (para que la ayuda prestada no represente un «altruísmo menos que mínimo», un nivel moralmente insuficiente), idea que, desde luego, tiene todo el aire de una paradoja: no es posible saber cuál es el máximo ST

14 Compárese esa situación con la siguiente, referida a un deber positivo especial imperfecto, que menciona Garzón Valdés: «el bañero que ve que varias personas se están ahogando y no puede salvarlas a todas tiene el deber [. . .] de salvar *a todas las que pueda*, aunque no a una determinada», [el subrayado es mío]. No creo ser tendencioso si interpreto «a todas las que pueda» como «hasta que la progresiva merma de sus facultades físicas -taquicardia, calambres, etc.-, suponga un riesgo para su propia vida si intenta un salvamento más». En ese momento, puede negarse a salvar a otra persona hasta que se recupere físicamente. Pero si el primer salvamento le ha producido un cansancio mínimo -«trivial»- *y puede* realizar sin problemas el segundo, ¿qué pensaríamos de su negativa a realizar el segundo salvamento hasta recuperar su ritmo cardíaco o su tono muscular original, aunque en ese intervalo la segunda persona muriera? El límite sólo puede fijarse dando entrada a un principio moral: p. ej., «hasta que esté en juego algo de importancia moral comparable» o alguno similar.

posible, como no es posible saber cuál es exactamente el más alto de los hombres bajos del mundo o el más rápido de los caballos lentos del hipódromo.

¿Qué es lo que falla en los argumentos basados en la idea de «trivialidad»? Lo que falla, a mi juicio, es que mediante el empleo de una noción vaga se ha pretendido suplir la carencia de un principio moral que justifique la fijación del límite. La vaguedad del lenguaje ordinario no representa un problema especial en nuestro uso coloquial, y aunque el razonamiento con conceptos vagos suscita paradojas como la del *sorites*, una de las más antiguas que se conocen, parece que sabemos bien cómo lidiar con ella: si al añadir a una estatura baja un milímetro la resultante sigue siendo baja, se sigue que el resultado de añadir un milímetro a la última sigue siendo una estatua baja, etc. Para no llegar al resultado absurdo de que seguirá siendo baja no importa cuantos milímetros sigamos añadiendo, necesitamos cortar en algún punto la cadena, rechazando la aplicación de la premisa inductiva. Pues bien, el punto exacto en que lo hagamos no tiene mayor importancia, una vez reconocida la evidente vaguedad del concepto. El problema, como apunta Fishkin[15], es que en el razonamiento moral no podemos actuar del mismo modo:

> «¿ [. . .] dónde empezamos a excluir la premisa inductiva en el supuesto moral [...]? [...] no podemos aceptar simplemente el carácter vago de nuestras toscas concepciones morales. Porque *todavía* tenemos que hacer frente, tanto en la teoría como en la práctica, al problema moral de qué hacer con los sacrificios adicionales [. . .] Sin una reformulación de nuestras concepciones que proporciona una *justificación* para bloquear la premisa inductiva en algún punto, nos vemos abocados a conclusiones perturbadoras [...]».

En definitiva, lo que hace falta es una justificación, un principio moral que dé razón del límite. El altruísmo mínimo, basado en la idea de sacrificio trivial, parece que no nos lo brinda. Aún quedan otras dificultades por solventar, ya que los problemas no surgen sólo del análisis de «trivial», sino también del de «sacrificio»: ¿diríamos que A se ha «sacrificado» si satisface las necesidades de B con recursos que pertenecen a C? ¿O con recursos que previamente sustrajo al propio B? Parece claro que la idea de sacrificio no tiene sentido si no se define aquello a que se tiene derecho: A sólo se «sacrifica» al cumplir un deber positivo si tiene un derecho sobre los recursos que emplea para prestar ayuda (si no fuera así, no se entendería por qué sólo le es exigible un «sacrificio» *trivial:* si alguien tiene en su poder recursos sin título alguno -y a los cuales tiene derecho un tercero- debe entregarlos en su totalidad, no una parte «trivial» de los mismos)[16].

[15] J. S. Fishkin, *The Limits of Obligation,* cit., págs. 56-57 [los subrayados, en el original]. En su análisis del problema del *sorites* Fishkin sigue a Max Black, «Reasoning with Loose Concepts», *Dialogue,* 2 (1963), 1-12.

[16] Evidentemente hay muchas formas de prestar ayuda diferentes de la transferencia de riqueza (dedicando tiempo, trabajo, energía física...); pero el problema que estoy planteando sólo se presenta respecto a la posesión de bienes, ya que no parece haber ninguna dificultad en dar por supuesto el derecho de cada uno sobre sus propias capacidades personales.

Ahora bien, al decir que la idea de sacrificio no tiene sentido si no se define aquello a que se tiene derecho, me refiero a un derecho *moral*, no a un derecho subjetivo conferido por el ordenamiento vigente. Lo contrario supondría dar por bueno el esquema de distribución de recursos actualmente existente (que depende de diversos factores: desde luego, la existencia de un determinado sistema jurídico; además, lo que utilizando la expresión de Rawls podemos llamar «lotería natural»: diferentes grados de aptitud física e intelectual, etc.). Ciertamente se puede replicar que el actual esquema de distribución de recursos no tiene por qué ser necesariamente injustificable a priori: es verdad, pero en cualquier caso determinar si lo es o no o qué esquema alternativo lo sería es una complejísima cuestión que no cabe soslayar y dar por resuelta. Recapitulando: para determinar los límites de los deberes positivos generales -cuando se trata de prestar ayuda mediante la transferencia de recursos económicos- no hemos de saber solamente *hasta dónde* tenemos que llegar, sino además *desde dónde* hemos de partir. Asumir que el punto de partida tiene que ser el actual esquema de reparto requeriría un extenso y complejo aparato de justificación que no se ha proporcionado.

Supongamos, a efectos de la argumentación, que hemos dado respuesta a estos interrogantes: la carencia de un principio moral que dé razón del límite del sacrificio trivial se hace aún más manifiesta si nos preguntamos cómo es que el sacrificio que nos es exigible en el cumplimiento de nuestros deberes negativos *es mucho mayor* que el que cabe exigirnos en el cumplimiento de los positivos, habida cuenta de que, según Garzón, «no existe diferencia entre el daño que causa la violación de un deber positivo y la de un deber negativo», «el fundamento de la imposición de deberes éticos, tanto de los negativos como de los positivos, es la protección de bienes que se consideran valiosos» y que «los mismos argumentos valen para la aceptación o rechazo de los deberes negativos y positivos». Si entendemos por sacrificio la frustración -por renuncia- del interés propio, nos encontramos con que por muy elevado que sea mi interés en matar a otro y por gravoso que resulte para mí renunciar a hacerlo, *debo* abstenerme en cualquier caso de causar su muerte; sin embargo, si estoy en condiciones de salvar la vida de otro pero para hacerlo debo soportar un sacrificio algo más que trivial -y desde la trivialidad hasta el heroísmo del mártir parece que hay bastante camino por recorrer-, entonces es moralmente justificable no prestarle ayuda, aunque eso represente su muerte. ¿De qué manera puede justificarse esta asimetría? [17]

17 Un intento de justificar esa asimetría es el de Bruce Russell, en «On the Relative Strictness of Positive and Negative Duties», *American Philosophical Quarterly* 14 (1977), 87-97 [ahora en *Killing and Letting Die,* cit., 215-231]. Según Russell, la asimetría es sólo aparente y se desvanece a largo plazo, ya que el coste total que estamos obligados a soportar en el cumplimiento de nuestros deberes positivos es el mismo que debemos soportar para evitar violar nuestros deberes negativos. Por «coste total» ha de entenderse el producto del coste de cada ocasión de cumplimiento del deber por el número de ocasiones que se nos plantean. Pero, si se entiende bien qué es una «ocasión de cumplimiento de un deber», comprobaremos que de hecho se nos plantean muchas más ocasiones de salvar una vida a costa de

En este momento ha de entrar en juego la que, a mi juicio, es la noción clave de todo el debate sobre la determinación de los límites de los deberes positivos generales: la noción de *autonomía.* Una posible explicación de la asimetría radicaría en la idea de que el valor de la autonomía personal está detrás de la limitación descrita de los deberes positivos. En palabras de Carlos S. Nino:

> « [. . .] el valor subyacente a la actual configuración de expectativas de servicios positivos en sociedades liberales es la preservación de la autonomía para desarrollar la forma de vida que cada uno elija. La concepción que estipula el deber moral de evitar cualquier mal que podamos evitar compele a adoptar como único plan de vida el del buen samaritano»[18].

Ahora bien, aunque resulte bastante plausible sostener que es el principio de autonomía el que da razón del límite de los deberes positivos generales, parece que necesitamos una argumentación más rica si no queremos caer en un problema de circularidad[19]: no basta con decir que en aras de la preservación de la autonomía personal todo lo que nos es exigible en el cumplimiento de nuestros deberes positivos es un sacrificio trivial, porque eso, más que una determinación del límite a la luz del concepto de autonomía, sería dar un contenido a la noción de autonomía partiendo de un límite fijado cuya justificación seguimos sin conocer. Si no conseguimos precisar con carácter previo el contenido de la idea de autonomía corremos el riesgo de manejarla como una noción hueca armonizable con cualquier límite que tracemos. Creo que merece la pena tratar con cierto detenimiento esta cuestión.

Para una posición consecuencialista extrema no debe atribuirse ningún peso especial a los intereses personales del agente a la hora de determinar qué es lo que debe hacer: ha de promoverse el bienestar general aunque sea contrario al propio interés, con lo que resulta no haber límites a los sacrificios que cabe exigirnos. Si el sacrificio de nuestra propia vida o de la totalidad de nuestro patrimonio tiene mejores consecuencias -desde el punto de vista agregativo- que cualquier otro curso de acción posible, eso es lo que debemos hacer. Ahora bien, lo que el consecuencialismo extremo pierde de vista es nuestro interés en determinar o elegir nuestros propios fines, conforme a nuestra propia concepción de lo bueno, nuestro interés en actuar como agentes racionales para los que no sólo cuenta satisfacer las preferencias personales que constituyen el contenido de nuestro plan de vida, sino también poder elegir y modificar libremente dicho plan de vida.

un pequeño sacrificio que de evitar matar sea cual sea el sacrifico que ello represente (sólo cabe pensar lo contrario si se confunde «omitir» con el mero «no hacer»). De ahí se sigue que, *precisamente para evitar la asimetría* -en esta ocasión de signo contrario- el sacrificio exigible en *cada* ocasión de cumplimiento debe ser menor en el caso de los deberes positivos. Ahora bien, si algo demuestra el razonamiento de Russell es que a largo plazo es exigible bastante más que el altruismo mínimo.

18 Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos,* Buenos Aires, Paidós, 1984; pág. 208.

19 Este riesgo de circularidad es advertido por C. S. Nino, *Ética y Derechos,* cit., págs., 208-209, que lo describe como una circularidad aparente entre los principios liberales de autonomía e inviolabilidad; y por J. Feinberg, *Harm to Others,* cit., pág. 168.

Se ha dicho con frecuencia que el consecuencialismo extremo mezcla indebidamente dos cuestiones, qué estado de cosas global es preferible y qué responsabilidad incumbe a cada individuo en la consecución de ese estado de cosas. En el consecuencialismo extremo no habría lugar para la categoría de los actos supererogatorios, puesto que recaería sobre nuestras espaldas la desmedida exigencia de realizar *cualquier* acto capaz de afectar positivamente al estado del mundo. Se niega así lo que seguramente es poco sensato desconocer: que la moral es una combinación de ideales de excelencia humana y de reglas de conducta, siendo la función de éstas últimas no la de asegurar la efectividad de los primeros, sino la de conseguir un mínimo que haga posible la convivencia. Ha de haber un límite a lo que cabe exigir de cada uno de nosotros, aunque subsistan males en el mundo que podrían ser evitados, so pena de promover un moralismo opresivo que anularía la idea de autonomía.

Estas observaciones ayudan a definir con claridad la diferencia entre lo obligatorio y lo supererogatorio, en la medida en que contribuyen a explicar en qué sentido entran en juego dos standards diferentes[20] -lo moralmente deseable y lo moralmente exigible- que hay que evitar tratar como si dieran dos respuestas distintas a un mismo problema. Es lo que, con un aparato conceptual más refinado -concretamente, mediante la idea de «permisos excluyente» -ha explicado Joseph Raz[21]. Siempre que se intenta explicar el concepto de lo supererogatorio surge una dificultad: si la realización de un acto es moralmente elogiable, debe haber razones para hacerlo que contrarresten cualquier posible razón en favor de no hacerlo; pero si hay «razones concluyentes» en favor de la realización del acto ¿cómo podemos afirmar que su omisión no es censurable? Porque, además, no pretendemos que dicha omisión sea *excusable,* sino que es justificable. La respuesta viene dada por la noción de «permiso excluyente» (un permiso para no actuar según el balance de razones): está permitida la omisión de lo que es moralmente mejor porque hay otras razones -igualmente morales, pero de *otro orden:* razones de *autonomía-* que justifican la no exigencia a un individuo de la realización de aquello que, a no ser por la entrada en juego del permiso excluyente, debería hacer según el balance de razones. Evidentemente, para que el planteamiento se sostenga, ha de postularse que uno y otro tipo de razones son *inconmensurables,* porque de lo contrario habría que sopesar su fuerza relativa en el *mismo* balance de razones[22].

Ahora bien, una cosa es definir -plano conceptual- la diferencia entre lo obligatorio y lo supererogatorio y otra muy distinta -plano sustantivo-

20 La expresión de Robin Attfield, «Supererogation and Double Standards», *Mind,* 88 (1979), 481-499, Vid. esp., págs., 492 y 495.

21 En «Permissions and Supererogation» *American Philisophical Quarterly,* 12 (1975), 161-168; en sus aspectos esenciales el argumento se incluye en J. Raz, *Practical Reasons and Norms,* London, Hutchinson, 1975, págs. 91-95.

22 Sobre la inconmensurabilidad de razones y la incapacidad del utilitarismo para dar cuenta de ella, vid. Bernard Williams, *Morality,* Cambridge, Cambridge University Press, 1972, pág. 103.

determinar qué actos quedan a uno y otro lado de la divisoria. Y al pasar a este segundo plano la idea de la inconmensurabilidad de las razones de autonomía nos sitúa ante una grave dificultad (que no es otra que la de la fijación de los límites de nuestros deberes): si no aceptamos la tesis de la inconmensurabilidad, anulamos la diferencia entre lo obligatorio y lo supererogatorio; pero si la aceptamos -y con ello negamos la posibilidad de comparar la fuerza de uno y otro tipo de razones- no se ve como podemos explicar que en ciertos casos la consideración del bien que cierta acción podría producir debe prevalecer sobre las razones de autonomía que el agente podría oponer para negarse a actuar, es decir, no se ve cómo podría exigirse a un agente que actúe para evitar la producción o persistencia de un mal aunque ello suponga para él un sacrificio de escasa importancia (como dice Shelly Kagan, «muchos ataques al consecuencialismo se consiguen sólo abriendo la puerta al egoísmo»[23]). Es decir, parece que por una parte necesitamos que las razones de autonomía y las de bienestar general sean inconmensurables y por otra que no lo sean (o, al menos, que no lo sean del todo).

Para salir del dilema no nos queda más remedio que profundizar en el concepto de autonomía. Y la primera observación relevante es que, como dice Carlos S. Nino, «la autonomía con que cuenta cada individuo para elegir y materializar planes de vida no es un atributo que [. . .] sea independiente del grado en que es poseído por otros»[24]; es decir, el grado de autonomía de que disfruto depende, entre otras cosas, de las limitaciones en la autonomía de los demás. Si ahora nos preguntamos cómo debe repartirse la autonomía, parece que la respuesta más sensata es que se debe maximizar la autonomía de cada agente siempre que no se haga a costa de una menor autonomía comparativa de otros individuos[25] (cuando nuestros actos -u omisiones- hacia los demás implican reconocerles una autonomía menor que la que reclamamos para nosotros mismos, les tratamos como un simple medio para nuestros fines). Pues bien, a partir de estas observaciones puede disolverse el dilema que quedaba planteado en el párrafo anterior: al intentar determinar los límites de los deberes positivos generales no se trata de procurar un ajuste entre razones de bienestar general y razones de autonomía (lo que suscita el espinoso problema de si son o no inconmensurables), sino un ajuste entre mi autonomía y la autonomía de los demás. Si aceptamos que la distribución más defendible de la autonomía es la que viene dada por el principio de diferencia, ¿no se extenderán nuestros deberes positivos generales hasta alcanzar ese punto?

23 Shelly Kagan, «Does Consequentialism Demand Too Much? Recent work on the Limits of Obligation», *Philosophy & Public Affairs*, 13 (1984), 239-254 [la frase citada, en pág. 242]. La tesis de Kagan es que ninguno de los puntos de vista que analiza -los de David Heyd, Thomas Nagel y Samuel Scheffler- justifica adecuadamente la fijación de un límite al consecuencialismo extremo.

24 Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, cit., pág. 211; vid, también págs. 212-213 y 146-148. En el análisis de la noción de autonomía utilizo sobre todo ideas de Nino.

25 Cabe por tanto un reparto desigual de la autonomía, siempre que la desigualdad redunde en beneficio del menos favorecido (es decir, siempre que éste obtuviera un grado del autonomía menor aún en un reparto perfectamente igualitario). Es la conocida idea del principio de diferencia rawlsiano.

Por el momento la respuesta a esa pregunta puede quedar en suspenso. Antes hay que abordar el gran problema de toda esta línea de argumentación: cómo se mide el grado de autonomía de que dispone un individuo. Si no sabemos «medir» la autonomía no se ve de qué manera se podría afirmar que el individuo A goza de una autonomía inferior, igual o superior a la del individuo B, con lo que el avance habrá sido nulo. Para determinar el grado de autonomía de una persona parece que existen dos posibilidades [26] (y el resultado varía por completo según se siga una vía u otra); o bien antendemos la autonomía como *capacidad de optar* entre diferentes planes de vida, de formar preferencias de uno u otro tipo; o, de lo contrario, la entendemos como *capacidad de satisfacer* los planes de vida por los que uno ha optado, las preferencias ya formadas. En el primer caso, dos individuos con los mismos recursos (no sólo económicos, sino de todo tipo: físicos, intelectuales, etc.), tiene el mismo grado de autonomía; en el segundo, el nivel de autonomía es una función de la cuantía de sus recursos y el coste de sus recursos y el coste de sus preferencias ya formadas (de manera que entre dos individuos con iguales recursos disfruta de menor autonomía aquél cuyas preferencias son más costosas).

Antes de optar por una vía u otra puede ser interesante comprobar de qué forma repercutiría la elección en el problema de la determinación de los límites de los deberes positivos generales. Mi tesis es que, en este punto, la idea del sacrificio trivial es coherente con la segunda opción, es decir, con entender la autonomía como capacidad de satisfacer las preferencias formadas: para muchos de nosotros, en las naciones desarrolladas, un paso más allá del sacrificio trivial no se encuentra el nivel de escasez de recursos que imposibilita la libre formación de cualquier plan de vida; ese punto -el umbral del mínimo vital- queda bastante más lejos. Lo que sí puede aparecer un paso más allá del sacrifico trivial es la frustración de alguna de nuestras preferencias. Pero, como dice Dan Brock, ¿no supone eso confundir las ideas de *«plan de vida»* y *«estilo de vida »* [27] ? ¿No hay algo contraintuitivo en suponer que alguien con recursos muy elevados pero con preferencias suntuarias tan caras como los primeros estaría sufriendo una merma en su autonomía si se le obligara a contribuir con una cantidad algo más que trivial para evitar que otros no alcanzaran siquiera un mínimo vital? Y si en ese caso su autonomía no se viera comprometida (es lo que sucedería si la entende-

26 Cfr. Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos,* cit., pág. 147.

27 Dan W. Brock, «Utilitarianism and Aiding Others», en H. B. Miller y W. H. Williams (eds.) *The limits of Utilitarianism,* cit. [en nota 8], pp. 225-241; pág. 231. La situación queda planteada con crudeza por Jan Narveson; «O hacemos literalmente todo lo que podemos, lo que en el caso de la mayoría de nosotros significaría no diez dólares o el dos o tres por cien de nuestros ingresos, sino probablemente el sesenta o el setenta por cien. O de lo contrario consideramos que la importancia del tipo de vida que hemos elegido vivir es mayor que la cantidad de sufrimiento evitable si nos privamos de los medios para vivirla» (Jan Narveson, «A esthetics, Charity, Utility and Distributive Justice», *The Monist,* 56 (1962), 527-551 pág. 551, Tomo la cita de Fishkin, *op. cit.,* pág. 77).

mos en el primer sentido, como capacidad de formar planes de vida), ¿por qué habría que detenerse en el límite del sacrificio trivial?[28].

Lo cierto es que parece haber razones de peso en favor de entender la idea de autonomía en el primero de los sentidos, es decir, como capacidad de optar libremente entre planes de vida alternativos: las preferencias ya formadas de un sujeto no son accidentales, no son un hecho que padece el agente, son el producto de su elección. Y parece lógico que cada cual sea responsable de su opción, quedando descartada la posibilidad de ampararse en ella para rechazar cualquier transferencia de recursos so pretexto de merma de la propia autonomía[29].

Para poder decir de alguien que tiene capacidad de optar entre planes de vida alternativos deben concurrir al menos tres requisitos elementales: debe disponer de la máxima información (y la forma de adquirirla es a través de la educación); su libertad de elección no debe verse interferida (lo que exige la garantía efectiva de un catálogo de libertades lo más amplio posible); y -casi da vergüenza decirlo- debe seguir vivo (sus necesidades de nutrición y sanidad deben estar razonablemente cubiertas). Pues bien, si aceptamos 1) que la distribución más defendible de la autonomía es la que satisface el principio de diferencia; 2) que la autonomía ha de ser entendida como capacidad de optar entre planes de vida alternativas; y 3) que no se posee dicha capacidad si se carece de alguno de los tres elementos básicos descritos, creo que puede sostenerse que los límites de nuestros deberes positivos generales vendrían dados por el punto en que las transferencias de recursos necesarios para garantizar la efectividad con carácter general de esos requisitos alcanzaran el esquema de distribución descrito por el principio de diferencia, de manera que, antes de alcanzar ese punto, nadie puede negarse justificadamente a seguir prestando ayuda suplementaria, aunque ello implique dejar de satisfacer alguna de las preferencias que integran su plan de vida (es decir, aunque implique un sacrificio algo más que trivial).

El análisis precedente parece demostrar que, si bien es la noción de autonomía la que da razón del límite de los deberes positivos generales, lo hace de una manera que justifica no el «altruísmo mínimo», sino una posición más exigente (que es la que he venido llamando «altruísmo más que mínimo»). Esa posición, si no me equivoco, es bastante próxima a la de Singer:

28 Si la postulación de deberes positivos generales se ve como un primer paso de la argumentación que desemboca en la legitimación del Estado social de derecho, la idea del sacrificio trivial como límite se convierte más en un obstáculo que en un avance; cualquier Estado social tiene por fuerza que exigir por vía impositiva de *una parte* de sus ciudadanos un sacrificio más que trivial, si es que quiere alcanzar una redistribución que verdaderamente merezca tal nombre. ¿Diríamos en ese caso que se les está forzando a un comportamiento supererogatorio?

29 Cfr. Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, cit., pág. 148. La distinción entre la capacidad de optar entre planes de vida alternativos y la capacidad de satisfacer el plan de vida elegido quizá no es tan tajante como acaso sugiere el texto, ya que seguramente formamos nuestras preferencias *previendo* cuáles serán nuestros medios para satisfacerlas. De todos modos creo que la distinción se mantiene; una cosa es la capacidad misma de optar y otra el rumbo que, habida cuenta de los condicionantes de todo tipo que operan sobre el agente, probablemente -pero no inevitablemente- tomará su opción.

nuestras convicciones morales comunes la juzgan excesiva, pero no acierto a ver el tipo de argumento que nos permitiría llegar a una conclusión distinta. Así que, después de todo, seguimos prisioneros de una cierta forma de dilema.

III

Una exigencia moral como la que ha quedado planteada es desde luego bastante más estricta que nuestra moralidad positiva. Según Henry Shue poca gente estaría dispuesta a aceptarla «aparte de unos cuantos santos y de Peter Singer» y resultaría «imposible de vender a personas morales, decentes, pero autointeresadas» [30]. Para Susan James es un error propugnar un punto de vista tan alejado de nuestras concepciones morales comunes, porque, si de verdad queremos construir una argumentación persuasiva capaz de hacer actuar a la mayoría, hemos de apoyarla en «la herramienta más poderosa» de que disponemos, que no sería otra que la moralidad existente [31]. Parece que ni siquiera haría falta desmontar la argumentación que conduce al «altruísmo más que mínimo»: simplemente no sería de recibo por lo desmedido de sus exigencias.

De este tipo de críticas lo mínimo que se puede decir es que carecen de la más elemental imparcialidad. Aparte de Singer y unos pocos santos hay bastantes millones de personas, sin duda morales, decentes y autointeresadas, a las que sería facilísimo «vender» la adopción de una máxima semejante: todos los que están en peligro de muerte por inanición. O cualquier egoísta racional que se encontrara en la «posición original» rawlsiana. Si estamos hablando de moralidad, y no de sondeos de opinión, lo que resulta relevante es si un determinado principio sería aceptable para un sujeto hipotético que hace suyo el punto de vista moral (llámese «espectador imparcial», «preferidor racional» o de cualquier otra manera). Otra cosa es que la mayor parte de nosotros, en los países desarrollados, estemos interesados no sólo en evitarnos los sacrificios que habríamos de soportar, sino también en preservar nuestra buena conciencia negándonos a aceptar su exigibilidad [32].

Por otra parte, si bien es cierto que el altruísmo más que mínimo choca con algunas de nuestras convicciones morales comunes, no lo es menos que se basa en otras, quizá más difíciles de descartar que aquéllas con las que entra en conflicto [33]. Al decir que la moralidad existente es nuestra «más poderosa herramienta» de persuasión quizá se apunte al hecho de que el razo-

30 Henry Shue, *op. cit.*, págs. 271 y 269.

31 Susan James, «The Duty to Relieve Suffering», *Ethics*, 93 (1982) 4-21; págs. 15-16 y 20-21.

32 Cfr. Thomas L. Carson, «Utilitarianism and World Poverty», en H. B. Miller y W. H. Williams (eds.), *The Limits of Utilitarianism*, cit., pp. 242-252; págs. 243 y 245.

33 La observación es de Robin Attfield, «Supererogation and Double Standards», cit., pág. 498.

namiento moral no debe buscar una presunta «verdad objetiva», sino una perspectiva que pueda ser compartida por los miembros de una sociedad (habida cuenta del desarrollo y evolución de su cultura). En términos rawlsianos, debe partir de nuestros juicios morales bien meditados *(considered)* y llegar a un conjunto de principios morales, consiguiendo mediante sucesivos ajustes un equilibrio reflexivo entre ambos. Ahora bien, precisamente por eso es una pésima crítica de un principio moral la que se limita a constatar que contradice alguno de los juicios morales de partida: lo que ese dato demuestra, simplemente, es que la moralidad positiva en cuestión era inconsistente. Si no cupiera la posibilidad de descartar finalmente alguno de los juicios morales de partida no obtendríamos sino una mera sistematización de la moralidad positiva[34].

En definitiva, aunque hasta ahora he venido manejando el término de manera informal, creo que no se debe seguir calificando como «dilema» la alternativa consistente en negar la existencia de deberes positivos generales o aceptarla con unos límites que exceden de los fijados por el altruísmo mínimo. La primera opción resulta inconsistente, mientras que el problema de la segunda parece no ser otro que su discrepancia con las convicciones ordinarias que forman el contenido de la moralidad positiva. Pero una cosa es la incapacidad de nuestro razonamiento práctico para alumbrar una posición moral coherente y otra muy distinta nuestra escasa disposición a aceptar un principio moral que quiebra nuestra buena conciencia y exige un serio sacrificio de nuestros intereses.

La filosofía de inspiración analítica, desde hace aproximadamente una década y media, registra un relanzamiento espectacular de los estudios sobre problemas de ética normativa, recibido con general entusiasmo tras un estancamiento prolongado en prolijas y muchas veces tediosas discusiones de metaética. Me temo, sin embargo, que las nuevas esperanzas pueden dar paso a una profunda decepción si la reflexión moral se practica no como una guía para la acción, como un intento de responder al perentorio «¿qué debo hacer?», sino como un ejercicio especulativo cuyas conclusiones no estamos muy dispuestos a tomar en serio. Hace ya muchos años Ernest Nagel escribió:

> «La filosofía analítica tiene por consiguiente una doble función; proporciona verdes y tranquilos pastizales para el análisis intelectual, en los que quienes lo practican pueden refugiarse de un mundo convulso y cultivar sus juegos intelectuales con ajedrecística indiferencia ante la marcha de aquél; y es también una brillante y afilada espada que ayuda a disipar creencias irracionales y a evidenciar la estructura de las ideas. Es a la vez el pasatiempo de un recluso y una aventura terriblemente seria.»[35]

Que acabe siendo una cosa u otra depende sólo de nosotros.

34 Cfr. Norman Daniels, «Wide Reflective Equilibrium and Theory Acceptance in Ethics», *The Journal of Philosophy*, 76 (1979), 256-282.

35 Ernest Nagel, «Impressions and Appraisals of Analytic Philosophy in Europe», en *Logic without Metaphysics and Other Essays in the Philosophy of Science*, Glencoe (Illinois), The Free Press, 1956; pág. 197.

ALGUNOS PROBLEMAS DE LOS DEBERES POSITIVOS GENERALES
(Observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés)

La presentación crítica que hace Ernesto Garzón de las diversas cuestiones que se plantean en torno a los llamados «deberes positivos generales» y su fundamentación suscita a mi juicio algunos problemas que no veo satisfactoriamente resueltos en su trabajo. Para afrontarlos tomaré como base el hilo de su argumentación y procederé a perseguir un poco más allá y con cierto detenimiento algunas de las ideas allí mencionadas que demandan en mi opinión algún desarrollo ulterior en el curso del cual pueden llevarnos a modificar o a matizar algunas de las conclusiones que en dicho trabajo se sientan. Concretamente me ocuparé, por una parte, de la cuestión del status causal de las omisiones y de su relación con los juicios de responsabilidad, y, por otra parte, de la necesidad postulada por Ernesto Garzón de *organizar* las prestaciones con objeto de poder evacuar el cumplimiento de los deberes positivos generales. No creo, además, que se trate de dos cuestiones totalmente desconectadas.

Por lo que respecta a la primera de ellas Garzón afirma que no hay base para mantener que la acción sea «más causa» que la omisión, es decir, afirma que las omisiones pueden tener en determinadas circunstancias los mismos efectos causales que las acciones. Además nos recuerda de pasada que no se puede identificar alegremente la responsablidad causal con la responsabilidad moral. Aunque, en ciertos contextos, me inclino a considerar correctas ambas afirmaciones, creo que vale la pena detenerse un poco en ellas. Me ocuparé en primer lugar de la segunda para poner de manifiesto la importancia que tiene la primera para nuestra discusión.

Sin duda es pertinente recordar la necesidad de diferenciar con claridad la responsabilidad causal de la responsabilidad moral (o jurídica, en su caso), es decir, entre la producción de una serie de efectos como algo atribuido a un individuo y la adscripción a ese mismo individuo de responsabilidad moral o jurídica por esos efectos (con el consiguiente reproche o aprobación moral o jurídica). Hay, en efecto, casos en que la producción causal de efectos no lleva aparejada la adscripción de responsabilidad moral o jurídica, y hay también otros casos en los que la adscripción de responsabilidad por parte de las normas es independiente de la causación personal de los efectos en cuestión (como ocurre en los casos genéricamente denominados de 'responsabilidad vicaria', o, en el Derecho, en los supuestos de 'responsabilidad objetiva'). Sin embargo creo advertir que en la literatura más específica sobre el tema de los deberes positivos generales (Singer, Harris, o el propio Garzón) ambas cosas se encuentran usualmente conectadas de un cierto modo. En concreto me parece que en esos trabajos se supone, o se asume, que la producción por omisión de ciertos efectos (p. e. el hambre en zonas del tercer mundo) es el *fundamento* o la *razón* que ha de utilizarse para adscri-

bir responsabilidad *moral* (y no sólo causal) a aquellos individuos que omiten la realización de ciertas acciones (p. e. ciertos sacrificios triviales). Es decir, que se adscribe esa responsabilidad moral a ciertos individuos o grupos de individuos *porque* causan con sus omisiones el estado de cosas que se pretende evitar.

También podría haberse seguido el otro camino, el de la responsabilidad vicaria, y quizás no hubiera sido tan insensato hacerlo. Podría tratar de argumentarse que *aunque* nosotros no hayamos causado de ninguna manera la depauperación, tenemos, sin embargo, la responsabilidad moral por su existencia. Pero esto suscitaría sin duda muchos otros problemas. Si el camino que elegimos no es el de la responsabilidad vicaria, entonces el núcleo de la argumentación podría explicarse así: Algunos estados de cosas (p. e. la depauperación y el hambre) se dan *porque* (causal) omitimos realizar algunas acciones, sacrificios triviales, etc... Esa conexión causal sirve de base para atribuirnos responsabilidad moral por esos estados de cosas, y, en consecuencia, para hacer gravitar sobre nosotros un deber positivo general de actuar, hacer sacrificios triviales, etc...

No voy, de momento, a entrar a diseccionar con mayor precisión ese núcleo argumental, porque en la formulación transcrita basta ya para poner de manifiesto que el problema del status causal de las omisiones constituye el punto de apoyo que sustenta toda la construcción, en la medida en que funciona como razón o fundamento para la adscripción de responsabilidad y la adjudicación de un deber moral. Necesita, pues, ser analizado concienzudamente.

Deploro tener que recurrir a ciertos tecnicismos pero lo creo necesario para ilustrar nuestro problema con el suficiente rigor. Sin la pretensión de introducirnos en una de las cuestiones más complejas de la teoría de la argumentación inductiva, puede decirse, sin embargo, en términos generales, que la validez de todo enunciado causal reposa en el valor de verdad que pueda serle atribuido a uno o varios condicionales contrafácticos, y, en particular, el enunciado de que una omisión es causa de un cierto estado de cosas supone que puede ser atribuido valor de verdad a un contrafáctico del siguiente tenor:

(Antecedente): «Si se realizara la acción A...

(Consecuente): ... no se daría el estado de cosas B».

Como es sabido[1] los condicionales contrafácticos plantean dos problemas difíciles. En primer lugar, la afirmación del antecedente no basta por sí sola, sino que es precisa también la presencia de un conjunto de condiciones *relevantes* simultáneas y coherentes con ese antecedente que suelen ser presumidas cuando éste se enuncia. En segundo lugar, la verdad del contrafáctico no depende de la verdad del antecedente y la verdad del consecuente, sino del carácter especial del vínculo que se da entre ambos, que no es una implicación lógica sino un tipo determinado de 'conexión nómica' o regularidad empírica, o, como antes se decía, una 'ley' de la naturaleza, obtenida por inducción a partir de observaciones de la realidad y su comportamiento.

1 Cfr. un tratamiento clásico: Nelson Goodman, *The Problem of Counterfactual Conditionals*, en *Fact, Fiction and Forecast.* 1946 (4.ª ed. Harvard University Press. 1983).

Para determinar, por tanto, si las omisiones son o no son causa es preciso contar con la delimitación precisa de los siguientes elementos:

a) Un conjunto de *condiciones relevantes* coherentes con y simultáneas a...

b)... una *acción* a realizar que, en virtud de...

c)... una *conexión nómica* produce...

d)... la evitación de un cierto estado de cosas.

Sólo si podemos establecer con precisión los tres primeros elementos podremos afirmar con cierta exactitud que una omisión es *causa* de un cierto estado de cosas. Es preciso señalar, además, que en el caso del status causal de las omisiones no se trata tanto de comprobar qué ha causado un cierto estado de cosas *dado,* como de predecir que un estado de cosas hipotético habría tenido lugar si la acción en cuestión más sus condiciones relevantes se hubieran dado. Con las omisiones no sólo describimos la realidad como producto de una causa, sino que también afirmamos que se hubiera dado una realidad alternativa en virtud de una hipótesis causal. El telón de fondo de los enunciados que atribuyen status causal a las omisiones es que «el curso natural de los eventos o actividades humanas se ha encontrado que era, en general, dañoso, y hemos aprendido de la experiencia cómo contrarrestar el daño con ciertos procedimientos»[2]. Es decir, hemos aprendido que ciertos tipos de acciones, regularmente, producen la evitación de ciertos estados de cosas, y, al considerar dañinos tales estados de cosas, atribuimos una especial importancia a la realización de esas acciones.

Cuando nos encontramos en presencia de un supuesto de interacción humana claramente individualizada (como los que suelen conformar los casos de moralidad 'face to face') el problema de establecer con precisión aquellos tres elementos del esquema puede ser abordado con cierta facilidad. El ejemplo del niño que se ahoga a nuestro lado puede ser un modelo típico: Todas las cosas igual, si yo hubiera asido al niño no se hubiera ahogado. Mi omisión es, por tanto, causa del resultado. Las condiciones relevantes que concurren pueden ser numerosas, pero son abarcables: soy consciente de lo que va a acaecer, estoy solo a su lado, no sabe nadar, puede tender la mano, etc... La acción a realizar consiste simplemente en asir al niño para que no se sumerja, y la conexión nómica es un conjunto de conocimientos vulgares sobre el comportamiento de la naturaleza. Si omito la acción de asirle, *le dejo caer* y en este sentido mi omisión es causa del resultado final. La conciencia de todo esto es clara y el sentido común no parece rebelarse contra ella. De hecho es algo reconocido usualmente como origen de responsabilidades morales, y sirve, en el campo del Derecho, para adscribir responsabilidad penal, no sólo en casos genéricos de delitos cometidos por omisión, sino en casos específicos como, por ejemplo, el delito de «omisión del deber de socorro» que se puede encontrar en algunos códigos penales (art. 489 bis del C.P. español).

Sucede, sin embargo, que cuando nos separamos de esos supuestos de interacción 'face to face' para tratar de seguir una argumentación paralela en supuestos de mayor complejidad surgen graves problemas. Ernesto Gar-

2 H. L. A. Hart y T. Honoré, *Causation in the Law* (2.ª ed.) Oxford, at the Clarendon Press. 1985, pág. 50.

zón escribe, con toda la razón del mundo, que «cuando una omisión completa el contexto de las condiciones necesarias para la producción de un evento y las vuelve suficientes, es tan causa como la acción que inicia la cadena causal». Esto es cierto; cierto por definición. Pero la cuestión estriba en saber, o en poder saber, cuándo es posible afirmar que se produce ese cierre en la cadena. Los supuestos que inspiran los trabajos actuales sobre deberes positivos generales pueden dividirse en dos clases: aquéllos que, como el aborto, la eutanasia o el homicidio por omisión, tienen a sus actores perfectamente individualizados, y aquéllos que, como el hambre en Etiopía o el analfabetismo, presentan perfiles cuantitativos destacados. Creo advertir que la mencionada literatura se desliza con frecuencia de los unos a los otros sin mayores precauciones, y a mi juicio ello constituye una extrapolación teórica bastante discutible.

En supuestos como el hambre, la depauperación, la ausencia de condiciones sanitarias, el analfabetismo, etc... tenemos entre manos estados de cosas que comprenden a millones de sujetos pasivos, y cuya causación es en todo caso el producto de una ingente cantidad de acciones y omisiones heterogéneas, de eventos muy diversos y de contextos tremendamente diversificados. A veces esta complejidad es sugerida en la literatura sobre el tema, pero no la he visto suficientemente subrayada. Honderich, por ejemplo, la sugiere: «En el caso de las omisiones el resto de la circunstancia causal para el resultado es probable que incluya las omisiones de otras personas, quizás de muchas otras...»[3]; pero se limita después a afirmar que en el caso de las acciones la secuencia causal sería más corta o 'más simple' que en el caso de las omisiones. Desafortunadamente las cosas no son tan sencillas. Cuando nos encontramos frente a supuestos en los que la acción que presuntamente hemos de realizar para evitar el estado de cosas que se pretende producido por nuestra omisión es sólo una acción entre millones de acciones equivalentes o diferentes que han de realizar todos y cada uno de los integrantes de un colectivo amplísimo, entonces el esquema que hemos propuesto para verificar a satisfacción los contrafácticos se complica en sus exigencias gravemente, tan gravemente que no resulta extraño que, para esos supuestos, el 'sentido común' dictamine que las acciones son más culpables que las omisiones.

Fijémonos si no en los dos primeros componentes de aquel esquema: las condiciones relevantes presupuestas en el antecedente y la acción requerida. Por lo que respecta a las condiciones relevantes, cada acción ha de ser realizada en el marco de un conjunto tan complejo de condiciones simultáneas y coherentes con ella que es casi imposible determinar si es mi omisión la que 'hace la diferencia' (es decir, es causa) o es la ausencia de algunas de las múltiples condiciones. Vistas desde el punto de vista de un individuo, además, esas condiciones relevantes no son sino las acciones u omisiones de los demás, y los demás en estos supuestos son por definición millares de individuos. Pues bien, si la complejidad de las condiciones y la dificultad de su presencia son tales que pueda afirmarse que el estado de cosas en cues-

3 Ted Honderich, *Violence for Equality*, Pelican Books, 1980, pág. 69.

tión tiene una probabilidad cercana a la nada de alterarse en uno u otro sentido como consecuencia de mi acción o de mi omisión, entonces es problemático pensar que éstas puedan ser causa de la presencia o ausencia de ese estado de cosas. Y esto es seguramente lo que produce que usualmente no se adscriba una gran responsabilidad moral a nuestras omisiones en tales supuestos. Esa imagen teórica que consiste en aislar *una* omisión de un sujeto activo y relacionarla con la muerte por inanición de *uno* de los sujetos pasivos no es más que una ficción, producto de la extrapolación del modelo 'face to face' a otros contextos ignorando su mayor complejidad.

En relación con el segundo componente de nuestro esquema, la determinación de la acción a realizar, los problemas no son menores puesto que se trata, no de un componente «anormal» claramente identificado, por contraposición a las condiciones «normales» (lo que según Hart y Honoré marcaría la diferencia entre «causa» y mera «condición»). Es decir, no se trata por ejemplo, de que yo aplique el fósforo (causa) mientras que el oxígeno para la combustión *está ahí* normalmente (condición). Es que el volumen de causas posibles y también de condiciones es tan grande que resulta prácticamente imposible establecer qué acción, qué sacrificio, qué conducta sería preciso desarrollar para que, coordinada con las demás acciones y coherentes con todas las condiciones, pueda predecirse que da como resultado la no producción del estado de cosas que se trata de evitar. Si se habla de un «sacrificio trivial» la cuestión es saber en qué consiste eso y cómo es capaz de engarzar en todo ese ingente mosaico.

Por cierto que ninguno de estos problemas se resuelve, ni a favor ni en contra de los deberes positivos generales, mediante el expediente de incluir en la noción misma de omisión un componente deóntico. La idea, que acepta Garzón, de que para que pueda hablarse de omisión se necesita una expectativa deóntica, o la idea, aún más fuerte, de Nino de que los enunciados causales son enunciados normativos, especialmente en el caso de las omisiones, porque expresan expectativas de comportamiento activo [4], me parecen, si es que las comprendo bien, erróneas. Si lo que se pretende con ellas es marcar la diferencia entre el 'omitir' y el mero 'no-hacer' creo que ello se puede conseguir sin introducir un elemento distorsionador de naturaleza deóntica, sino simplemente mediante el recurso a categorías psicológicas (intención) y a la noción de 'capacidad'. Pues si definimos la omisión o el juicio causal de omisión mediante el recurso a un elemento deóntico nos encontramos con dos problemas: en primer lugar una asimetría inexplicable, porque si las omisiones son correlato de las acciones no se explica muy bien por qué aquéllas incluyen un componente deóntico y éstas no lo incluyen. En segundo lugar nos encontramos con que, en el caso de las omisiones y sólo en el caso de las omisiones, hemos olvidado la diferencia entre 'responsabilidad causal' y 'responsabilidad moral' de que antes partíamos. Me ocuparé a continuación de este segundo problema, porque si he suscitado la cuestión ha sido porque su solución puede aportar alguna luz para resolver nuestras perplejidades.

4 Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, pág. 207.

Insistir en la diferencia entre responsabilidad 'causal' y responsabilidad 'moral' es necesario porque ambas transportan un componente normativo que puede producir confusión. Un juicio de atribución causal de resultado asume un cierto contenido normativo en el sentido en que presupone una «regularidad» en el comportamiento de la realidad que antes he aludido con la noción de 'conexión nómica'. Cuando se atribuye un resultado causal a una acción se 'acepta' una norma o regularidad que afirma que ese tipo de acciones, en el marco de ciertas condiciones, produce regularmente ese resultado. Cuando se atribuye un resultado causal a una omisión se acepta una norma que afirma que, regularmente, la realización de un tipo de acciones evita esa clase de resultados. Pero esas normas o 'regularidades' implícitas en los enunciados causales son diferentes de las normas que se aceptan en los juicios de adscripción de responsabilidad moral o jurídica. En estos casos las normas no son puras regularidades empíricas aprendidas y asumidas, sino juicios normativos en sentido estricto, y en el caso de adscripción de responsabilidad moral por una omisión una norma que impone como debida la acción o las acciones que son correlato de esa omisión.

La distinción no es inútil porque aclara el itinerario que se sigue cuando se une una responsabilidad moral a ciertas omisiones. Dejando al margen algunos componentes importantes (como todos aquéllos de índole psicológico que acompañan a la responsabilidad), ese itinerario tiene, por así decirlo, dos tramos:

1.-Causal: conexión empírica de la omisión al resultado.

2.-Deóntico: valoración del resultado como dañoso, adscripción de responsabilidad moral, obligación de poner remedio al daño, etc...[5]

El tramo 1 corresponde a la responsabilidad causal y el tramo 2 a la responsabilidad moral. Nuestro problema es que, al haber abandonado la vía de la responsabilidad vicaria, nos vemos obligados a adscribir la responsabilidad sólo en los casos de causación del resultado. Pero en situaciones de gran complejidad, como el hambre y el analfabetismo, las dificultades que encontramos para establecer el nexo causal entre los actos y omisiones de un individuo y el estado de cosas resultante son insuperables. No podemos, por tanto, adscribir alegremente la responsabilidad moral a ese individuo. Sólo podríamos hacerlo si pensáramos que el individuo en cuestión, por el solo hecho de 'omitir', hubiera violado ya una norma implícita en la idea misma de omisión (omisión sería entonces no hacer lo que se *debe* hacer), pero esto es erróneo.

Me inclino a considerar que nos encontramos frente a ese problema a causa de un defecto previo de planteamiento. Se ha concebido un estado de cosas complejo como el resultado de una pura agregación de conexiones causales individualmente consideradas, y en consecuencia se construye la responsabilidad moral como la pura yuxtaposición de responsabilidades individuales. Me parece sin embargo que dicho punto de partida es poco operativo y lo que voy a proponer es que podríamos despejar nuestras incógnitas desde la perspectiva de una teoría de la causación colectiva y de la responsa-

5 H. L. A. Hart, *Postscript: Responsibility and Retribution,* en *Punishment and Responsibility,* Oxford, Clarendon Press 1973, pág. 225.

bilidad colectiva, para derivar a partir de ellas los supuestos de responsabilidad individual consiguientes. Trataré después de ligar ese diseño a la idea mantenida por Garzón de que los deberes positivos generales demandan una organización para evacuar su cumplimiento. Adelanto que el resultado de todo ello es que los deberes positivos *generales* mutan, en supuestos complejos, y aparecen como deberes positivos *especiales.*

Ciertos estados de cosas complejos pueden ser el resultado de una causación colectiva, es decir, de una acción colectiva o de una omisión colectiva. La noción de acción colectiva no hace referencia a ninguna entidad metafísica, sino simplemente a un conjunto de acciones individuales, pero con un rasgo muy importante, y es que la acción de cada uno, o cada acción individual, está en función de cada una de las demás acciones. Transportar un herido en una camilla es una acción colectiva simple. Levantar un piano entre cinco personas un poco más compleja. Una acción colectiva exige un conjunto determinado de agentes, cada uno de los cuales lleva a cabo una acción individual determinada que, coordinada con cada una de las acciones de los demás, produce un estado de cosas distinto del que resultaría sólo de cada una de esas acciones individuales. Paralelamente una omisión colectiva se produce en el supuesto de un conjunto determinado de omitentes, cada uno de los cuales realiza una determinada omisión coordinada con las omisiones de los demás. La omisión resultante es un estado de cosas distinto del que se produce con cada una de las omisiones individuales. Hay un ejemplo típico: el del bañista que se ahoga ante la pasividad de treinta nadadores que le contemplan desde la playa. Pero es un ejemplo que simplifica demasiado las cosas, y las simplifica porque el resultado es algo preciso e individualizado (la muerte del bañista), y sobre todo porque la acción de uno solo de los nadadores hubiera evitado el resultado. En las omisiones colectivas esto no es así, sino que es la coordinación de las acciones lo que evita ese resultado. Una acción aislada no altera la producción del mismo.

Lo que importa retener es que la omisión colectiva produce un resultado distinto del que produce cada una de las omisiones individuales, y, por otro lado, que para hablar de omisión colectiva es necesario determinar quién o quienes son omitentes, qué omisión concreta han llevado a cabo y cómo se coordina con las demás omisiones concretas. Al hacerlo habremos diseñado un panorama completo del status causal de la omisión colectiva, es decir, habremos recorrido el primer tramo del itinerario que hemos visto.

En el segundo tramo nos toca adscribir la responsabilidad. Lo que hacemos ahora es hacer gravitar el deber moral o atribuir un reproche moral en función del estado de cosas causado por la omisión colectiva. Y lo que me atrevería a sugerir es que puede distinguirse entre la responsabilidad colectiva por la omisión colectiva y las responsabilidades individuales por las omisiones específicas de los integrantes del colectivo. Desde luego la tentación inmediata es la de afirmar que la responsabilidad colectiva «es simplemente la suma de todas las responsabilidades individuales» [6], pero a la hora de echar esa suma las cuentas no son tan claras. En primer lugar porque

6 Joel Feinberg, *Collective Responsibility,* en *Doing and Deserving,* Princeton University Press, New Jersey, 1970, pág. 243.

la responsabilidad de cada uno puede variar en función de la expectativa de comportamiento de los demás hasta el punto de que puede aumentar o disminuir en función del comportamiento del resto de los integrantes del colectivo [7]. Y en segundo lugar porque los sumandos son seguramente muy heterogéneos. Para determinar la responsabilidad de cada uno no basta con apelar a una norma genérica que imponga en abstracto un deber positivo general (lo que podría ser suficiente para adscribir responsabilidad al colectivo), sino que tenemos que traer a colación un conjunto muy complejo de normas que haga justicia a la medida en que cada uno ha contribuido al resultado final. Para ello esas normas deben realizar dos tareas al menos: determinar cada una de las *posiciones* de los integrantes y quiénes ocupan esas posiciones, y concretar para cada una de ellas *qué acción* era requerida para que, coordinada con las demás, pudiera haberse evitado el resultado final. Es decir, necesitamos un conjunto complejo de normas que dibujen un mapa de deberes positivos posicionales o *especiales* y que, en consecuencia, puedan adscribir una responsabilidad por la omisión posicional de cada miembro del colectivo.

Lo que esto quiere decir es que, para estos supuestos de gran complejidad, el único significado analítico que podemos atribuir a la idea de la existencia de un deber positivo general, por ejemplo de ayuda mutua, que gravite sobre un colectivo, consiste en articular un conjunto de deberes positivos especiales que graviten sobre los miembros de ese colectivo. Esta conclusión provisional viene a iluminarse con la idea, fuertemente sugerida por Ernesto Garzón, de que una de las características de los deberes positivos generales es que «su cumplimiento requiere reglas para la coordinación de esfuerzos»; que hacen necesario «el paso a asociaciones estructuradas sobre la base de la división del trabajo, es decir, también de la delimitación de responsabilidades»; que requieren «la división de cargas y tareas», la «especialización», etc... Pero ¿qué significa esto? Esto sólo puede significar que para que se cumplan tales deberes es preciso que se dé una organización con su correspondiente determinación de roles y de los deberes y obligaciones adscritos a esos roles, de forma que a través del cumplimiento de los deberes de cada posición o rol cada uno evacúe el cumplimiento del deber positivo general. Y en tal caso parece que los llamados deberes positivos *generales* se diluyen en deberes positivos *especiales* (si es que aceptamos, como es común, que los deberes posicionales o de rol son deberes especiales).

Por cierto que, vistas las cosas desde esta perspectiva, la llamada 'tesis de la asimetría' parece mantenerse en parte. Los deberes *negativos* generales no necesitan de una organización semejante para cumplirse, mientras que los deberes *positivos* generales la necesitan. Y no parece del todo correcto identificar al Estado como una asociación u organización necesaria para el cumplimiento de los deberes negativos para así mantener la simetría, porque el Estado liberal era concebido para *sancionar el incumplimiento* de tales deberes, mientras que la organización de que estamos hablando se necesita para *posibilitar el cumplimiento* de los otros deberes (los positivos).

***

7 Esto lo discute James S. Fishkin en *The Limits of Obligation,* Yale University Press, 1982, págs. 80 y ss.

Mi propósito en estas líneas no ha sido negar la existencia de deberes positivos generales, sino contemplar algunas dificultades en que se pueden encontrar cuando se les invoca frente a problemas de gran envergadura. Sigo creyendo que tenemos el deber moral de ayudar a aquellos que, en, el curso de nuestras relaciones cotidianas, encontramos amenazados o necesitados, pero creo también que el esquema que sustenta a este deber 'natural' es demasiado frágil como para encargarle trabajos como la fundamentación de la lucha contra el hambre. Creo que problemas como ese no acaban de encajar bien con los presupuestos o principios de una moralidad interindividual, sino que deben ser enfrentados a partir de una moralidad pensada para las instituciones. Muchos autores, y entre ellos Singer y el mismo Garzón Valdés vinculan, en efecto, esos problemas con la responsabilidad de los gobiernos o con la estructura del Estado social de Derecho. Esto me parece una dimensión fundamental que nunca habría que olvidar, porque hoy puede advertirse fácilmente una poderosa tendencia a la «reprivatización» de ciertas demandas básicas de ética social y política que parece tener como objetivo desplazar las responsabilidades de la estructura institucional de los gobiernos y de las políticas internacionales para reubicarlas en la esfera de las actitudes individuales. Sin perjuicio del alcance que puedan tener estas nuestras actitudes, ese desplazamiento es incoherente con una teoría moral que quiere dar cuenta de la realidad de los hombres en la 'aldea global'.

ALGUNOS COMENTARIOS CRÍTICOS A LAS CRÍTICAS DE JUAN CARLOS BAYÓN y FRANCISCO LAPORTA

Mi trabajo sobre la justificación ética de los deberes positivos generales ha sugerido una serie de agudas críticas a dos distinguidos filósofos del derecho, Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta. Se trata aquí de dos excelentes contribuciones cuyo tratamiento adecuado requeriría un espacio mucho más amplio del que dispongo. En aras de la brevedad y con el ánimo de promover aún más la discusión, he de limitarme a la consideración, en cada caso, de dos objeciones que me parecen centrales.

Juan Carlos Bayón pone en duda

a) mi distinción entre «daño» y «beneficio» y

b) el contenido mismo del deber positivo general.

Por su parte, Francisco Laporta critica

c) la vinculación causal que pueda existir entre el no cumplimiento del deber positivo general de prestar ayuda y situaciones tan graves como la del hambre en el mundo; y

d) la existencia misma de los deberes positivos generales ya que éstos en realidad se diluyen en deberes positivos especiales.

I

a) El argumento básico de Bayón en contra de mi distinción entre «daño» y «beneficio» es que en mi trabajo no habría «diferenciado adecuadamente los sentidos descriptivo y normativo» de ambos conceptos. El acento, según Bayón, debería recaer sobre el aspecto normativo: «no se tiene el deber de actuar porque la abstención provoque un daño, sino que la abstención provoca un daño *si* se tenía el deber de actuar» (subrayado en el original). Dicho con otras palabras y utilizando una terminología bien conocida por los juristas, no se trataría aquí de un caso de 'mala in se' sino de 'mala prohibita'.

Esta distinción, que podría tener algún sentido en el plano jurídico, conduce a situaciones realmente inaceptables en el campo de la ética. En efecto, aceptar la sugerencia de Bayón significa que los hombres se dañan recíprocamente sólo si violan un mandato normativo. Un ejemplo puede aclarar esta tesis. Supongamos que en una sociedad S* está ordenado privar de su propiedad y hasta de la vida a las personas de pelo blanco. Quienes cumplen con este mandato, es decir, saquean y matan a los canosos no los dañan (puesto que cumplen con la norma) y en cambio, quienes se abstienen de hacerlo los dañan. Y para los canosos la situación sería la siguiente: sólo podrían decir que han sido dañados si no los saquean o matan y en caso de que tal trágico evento sucediera no podrían alegar que han sido dañados.

No dudo que ésta no es la conclusión a la que desea llegar Juan Carlos Bayón, pero ella se infiere si se acepta que sólo se daña con una abstención « *si* se tenía el deber de actuar».

La referencia a Joel Feinberg e indirectamente a la máxima «volenti non fit injuria», en donde «injuria», como el propio Bayón señala correctamente, puede ser entendido como «daño» o como «agravio», me parece que no aclara la situación. Como es sabido, la formula «volenti» tiene una larga tradición que se remonta no sólo al derecho romano sino también a Aristóteles, quien distinguía entre «agravio» y «daño» (en la terminología de Feinberg, entre «wrong» y «harm»). El primero tenía un sentido jurídico del que carecía el segundo. Por ello podía decirse que quien carece de derechos no pude ser «agraviado». Pero de aquí no se infiere que no pueda ser «dañado» (cfr. Aristóteles, 1985, 260, 265). En el caso del ejemplo, los canosos no habrían sido «agraviados» pero sí «dañados». Y esto último es lo que aquí nos interesa.

Pero el propio Bayón no parece aceptar al final de su trabajo el prius conceptual de «deber» con respecto a «daño», que postula en la primera parte de su artículo. En efecto, cuando trata la cuestión de la fundamentación de los deberes positivos generales, toma como punto de partida el concepto de autonomía, entendida como capacidad de optar entre diferentes planes de vida. Los deberes positivos generales contribuirían (y pienso que tiene toda la razón) a la defensa o promoción de esta autonomía. Pero las lesiones de la autonomía (sea por acción o por omisión) «dañan» no porque estén prohibidas sino que justamente se las prohibe porque se considera que la autonomía de la persona es un bien valioso.

O sea, que o bien Bayón tiene que renunciar a su versión de «daño» como concepto normativo o bien tiene que abandonar su justificación de los deberes positivos recurriendo al concepto de autonomía. Creo que lo correcto es lo primero, sólo que en este caso la objeción queda sin efecto.

b) Por lo que respecta a la determinación del contenido de los deberes positivos generales, admito que el concepto de sacrificio «trivial» o «mínimo» es vago y puede dar lugar a perplejidades en los casos concretos. Pero no me parece que esta vaguedad quede superada si se sustituye «trivial» por «gravoso» o si se añade el comparativo «más que» trivial o mínimo. Cuando se trata de la delimitación exacta del contenido de la obligación conviene quizás recordar las palabras de C.D. Broad: «no es una objeción decir que es totalmente imposible determinar exactamente dónde está este límite en cada caso particular. Es verdad que esto sucede, pero es una dificultad demasiado común en la ética como para que tenga que preocuparnos y sabemos que nos sentimos satisfechos cuando en las cuestiones éticas podemos fijar límites superiores e inferiores que no resultan demasiado ridículos» (1916, 389-390).

II

c) Tiene razón Francisco Laporta cuando señala la diferencia que existe entre situaciones en las que los actores están perfectamente individualizados

y aquellas que «presentan perfiles cuantitativos destacados». Y es verdad también que no pocos autores tienen la tendencia a equiparar sin más los casos en los que están en juego las acciones o las omisiones de dos o tres personas con aquellos en los que intervienen millones de seres. Espero no haber cometido este pecado.

Pero de aquí no puede inferirse que el cumplimiento de deberes positivos sea inútil cuando se trate de situaciones complejas por el número de personas que en ellas intervienen, tal como parece sugerirlo Laporta. En efecto, según él «...si la complejidad de las condiciones y la dificultad de su presencia son tales que puede afirmarse que el estado de cosas en cuestión tiene una probabilidad cercana a la nada de alterarse en uno u otro sentido como consecuencia de mi acción o de mi opinión, entonces es problemático pensar que éstas puedan ser causa de la presencia o ausencia de ese estado de cosas». Desde luego, si es verdad que no puedo modificar en nada un estado de cosas dado es también verdad que no cabe imputar su existencia o desaparición a mi comportamiento. Esto es analíticamente verdadero. Pero evidentemente Laporta no desea formular un juicio analítico sino empírico, es decir, referido a la relación causal entre mi comportamiento y un determinado estado de cosas en cuya conformación intervienen acciones y omisiones de un gran número de personas. En este caso, según Laporta, como el volumen de causas posibles es enorme, no se puede predecir cuál acción u omisión ha provocado tal o cuál efecto. De acuerdo; más aún, podría hablarse aquí de condiciones necesarias y suficientes complejas que incluyen en muchos casos (por ejemplo, en el del hambre en el mundo) no sólo la falta de ayuda externa sino también la existencia de regímenes políticos injustos o fenómenos tan heterogéneos como las pautas de comportamiento familiar frente al control de la natalidad, la cultura política del pueblo o hasta las condiciones naturales. Todo esto es verdad, pero pienso que también lo es que la eliminación o reducción de la complejidad de este conjunto de condiciones es la vía más adecuada para su superación definitiva. En este sentido la ayuda no es inútil aunque sí puede no ser suficiente. Hay pruebas empíricas de la eficacia de la ayuda prestada sobre la base de contribuciones individuales para paliar situaciones de extrema pobreza o de hambre que no permiten calificar de inútiles a este tipo de empresas, por más que para asegurar su eficacia haya sido necesaria la intervención de otros factores (por ejemplo, distribución adecuada de los alimentos donados). Cuál sea la participación individual en la obtención del monto de la ayuda determinará también la relación causal de la acción u omisión individual con respecto al resultado obtenido. Pero, en todo caso, si la ayuda es útil y ésta es obtenida a través de aportes individuales, pienso que puede inferirse que no es irrelevante cumplir con la obligación general positiva de prestar ayuda.

Desde el punto de vista de la responsabilidad moral, creo que el argumento de Laporta es similar al de quien sostiene que, dado que su acción u omisión no altera en medida apreciable (en el más estricto sentido de la palabra) la conservación, promoción o destrucción de un bien común (el sistema democrático, un medio ambiente no contaminado), no habría por qué adscribir «una gran responsabilidad moral» a quien no participa en las elecciones o arroja basura a un río ya que siempre podría aducir que su omisión o su acción no altera mayormente ni el resultado de las elecciones ni el gra-

do de contaminación ambiental. Este es un hecho cierto como lo es también que «del hecho de que para todos los miembros de un grupo sea ventajoso el que se alcance el objetivo perseguido por el grupo ***no*** se infiere que hayan de orientar su comportamiento hacia la obtención del objetivo del grupo, aun cuando actúen de manera plenamente racional y siguiendo sus propios intereses» (Olson, 1968, 2, subrayado en el original). Quien se abstiene de tirar basura al río o participa en las elecciones no está pues guiado por su propio interés egoísta o de conveniencia. inmediato sino que la motivación de su conducta ha de buscarse en otras razones que no son prudenciales sino justamente morales. Por eso es que resulta insuficiente la explicación del comportamiento electoral de las personas recurriendo a la manida frase según la cual «cada voto cuenta». Quien participa en una elección o no arroja basura al río lo hace distanciándose de sus propios intereses y siguiendo su propia convicción moral de lo que es correcto. Asume en este sentido su «responsabilidad moral» y por ello es posible formular un reproche moral a quien no actúa de esta forma, sin que importe la relevancia fáctica de su acto (cfr. Kliemt, 1986).

d) En mi trabajo he sostenido que en muchos casos el cumplimiento de deberes positivos requiere coordinación de esfuerzos y no reducido grado de especialización. Francisco Laporta generaliza esta afirmación e infiere que ello significa que *todos* los deberes positivos se diluyen en última instancia en deberes positivos especiales. Creo que esto no es correcto. Cuando el deber positivo general consiste, por ejemplo, en donar una parte proporcional de los ingresos (sea que se trate de un sacrificio «trivial», «gravoso» o determinado por el principio de diferencia) para aliviar la situación de quienes se encuentran en situación de penuria, no cabe hablar de roles sociales o de «deberes posicionales». Para la imposición de estos deberes desde el punto de vista ético no es necesario la existencia del Estado. Pero el Estado sí es relevante tanto en uno como en otro caso para asegurar su cumplimiento y también sancionar su incumplimiento. (Basta pensar en el deber positivo de pagar impuestos con miras a asegurar la realización del bien común).

Comparto con Francisco Laporta su preocupación por una «moralidad pensada para las instituciones» y los problemas éticos vinculados con la «reprivatización de ciertas demandas básicas de ética social y política». A ellos me he referido en la última parte de mi trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Aristóteles (1985): *Ética Nicomáquea,* Madrid.

Broad, C.D. (1916): «On the Function of False Hypotheses in Ethics» en *International Journal of Ethics,* 26, págs. 377-97.

Kliemt, Hartmut (1986): *Die These von der Trennung von Politik und Moral,* manuscrito inédito.

Olson, Mancur, Jr. (1968): *Die Logik des kollektiven Hendelns, Tubinga.*

LAS FRONTERAS DE LA OBLIGACIÓN *

Durante la última década, el restablecimiento de la filosofía política liberal se ha basado en un simple paradigma básico que llamaré consecuencialismo sistemático imparcial (o SIC). El SIC se contiene en las siguientes proposiciones: (1) los estados de cosas se evalúan mediante un procedimiento imparcial que garantiza una igual consideración a los intereses de cada cual; (2) los primeros principios que ordenan esos estados de cosas se seleccionan mediante el procedimiento; (3) las exigencias morales especificadas por los primeros principios se aplican a cada uno dentro de la jurisdicción del procedimiento; (4) los primeros principios de aplican sin más excepciones o cualificaciones de manera que proporcionen una solución sistemática sin ningún recurso al equilibrio intuicionista. Este tipo de teoría es *sistemática* porque los principios deducidos del procedimiento se aplican rigurosamente. Es *imparcial* porque el procedimiento garantiza una igual consideración a los intereses de cada cual. Es *consecuencialista* porque la ordenación se aplica directamente a los estados de cosas (típicamente, distribuciones de algún producto estimado) más bien que, digamos, a acciones o virtudes como en algunos otros tipos de teorías. La teoría de Rawls[1] (y sus extensiones al campo de la elección internacional y personal realizadas respectivamente por Beitz[2] y Richars[3]) ofrece un primer ejemplo de ello. La teoría de Ackerman[4] o la reciente resurrección del utilitarismo (particularmente por Peter Singer[5]) proporcionan otros ejemplos importantes. Todas estas teorías suministran ejemplos de una misma estrategia básica argumentativa.

Este paradigma no puede ofrecerse plausiblemente como una explicación adecuada y autosuficiente de la moralidad. Pero en el nivel de la elección social esta aspiración ha parecido plausible para el SIC (al menos para la teoría ideal) porque su aplicación se ha restringido a la justicia intranacional. Aquí argumentaré, en primer lugar, que al nivel de la elección individual sus limitaciones resultan obvias a partir del debate sobre la ayuda con-

1 John Rawls: *A Theory of Justice* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971).

2 Charles Beitz: *Political Theory and International Relations* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1979).

3 David Richards: *A Theory of Reasons for Action* (Oxford: Oxford University Press, 1971).

4 Bruce Ackerman: *Social Justice in the Liberal State* (New Haven, CT: Yale University Press, 1980).

5 Peter Singuer: *Practical Ethics* (Cambridge: Cambridge University Press, 1979).

* Una primera versión de estas observaciones se presentó al Primer Coloquio Anglo-americano Fulbright sobre Ética y cuestiones internacionales (Universidad de St. Andrews, Escocia, 28-30 de septiembre de 1984).

tra el hambre. En segundo lugar, argumentaré que al nivel de la elección social una vez que se considera la justicia en el ámbito internacional (y no meramente intranacional) resultan obvias otras limitaciones paralelas.

Las relaciones internacionales proporcionan un contexto que echa abajo una y otra vez el paradigma. El consecuencialismo imparcial, lo admito, puede aplicarse más allá de las fronteras del Estado nación, pero no *sistemáticamente*. Si el resultado tiene que ser algo así como una teoría plausible, entonces tenemos que equilibrar las conclusiones del paradigma con otros factores morales que son inconmensurables en cuanto que no podemos dar cuenta de ellos desde dentro del paradigma del SIC. La necesidad de este tipo de resultado asistemático para la ética de las relaciones internacionales les resultará a muchos profundamente decepcionante. De hecho, he argumentado en otra parte que salvo que aprendamos a esperar menos de la teoría política, los resultados de este tipo sitúan al liberalismo ante el riesgo de una crisis de legitimación [6]. Volveré a esta cuestión al final.

¿Qué queda fuera del consecuencialismo sistemático imparcial? Dos tipos de exigencias centradas en los agentes -obligaciones especiales y límites plausibles a las demandas morales. Ambas son pretensiones que parecen ser, desde la pespectiva imparcial, sesgadas, interesadas y quizás chauvinistas o etnocéntricas porque deparan una consideración más que igual para alguna gente. La cuestión puede considerarse a dos niveles de elección -individual y social.

El primer tipo de exigencia que queda fuera se ejemplifica, en el nivel de la elección individual, con la controversia entre Charles Fried [7] y Bernard Williams [8] sobre la especulación de Fried (en *An Anatomy of Values,* una especulación de la que luego se retractó [9]), de que la moralidad quizás requiriera que en una situación de bote salvavidas uno echara a cara o cruz entre su mujer y un perfecto extraño. Dentro del paradigma general rawlsiano que defendía en ese libro, Fried no podía conceptualizar el dar más que una igual consideración a su mujer, en comparación con un extraño, como algo distinto a un prejuicio. Ofrecía el echar a cara o cruz como un procedimiento que expresaba la igual consideración para revolver el problema.

La dificultad de Fried surge de que una obligación hacia la propia mujer es una obligación especial y, dentro del paradigma del SIC, no hay una base fundamental para algo distinto de las obligaciones generales. Nosotros asumimos que uno tiene obligaciones para con su mujer y para con su familia y, por ejemplo, para con personas con las que uno ha contratado o a las que ha hecho promesas, basadas en convenciones compartidas y en una

6 *Beyond Subjective Morality: Ethical Reasoning and Political Philosophy* (New Haven: Yale University Press, 1984).

7 Charles Fried: *An Anatomy of Values* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1970).

8 Bernard Williams: «Persons, Character and Morality» in Amelie O. Roty, ed.: *The Identities of Persons* (Berkeley: University of California Press, 1976).

9 Charles Fried: *Right and Wrong* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978) p. 184.

historia previa de acción. Mi mujer y yo tenemos obligaciones recíprocas de las que no participan los completamente extraños [10].

Tratemos de llevar tales obligaciones especiales al marco del SIC. Si se adopta la pespectiva de la posición originaria de Rawls o la del espectador perfectamente comprensivo de los utilitaristas clásicos o la del diálogo neutral de Acherman, las pretensiones del extraño estarían en la misma posición que las de mi mujer. Desde luego, podrían hacerse aquí algunas consideraciones instrumentales o a largo plazo acerca del efecto sobre las instituciones (como el matrimonio y la familia) para romper el nudo. Pero tales consideraciones ocupan un lugar derivado; son tan poco importantes que Fried sugiere que, en lugar de ellas, sea el echar una moneda al aire lo que rompa el nudo.

Los casos interesantes surgen cuando el bien para un extraño puede ser grande en comparación con el menor sacrificio para un ser querido. Asumamos que cada pequeña contribución a la ayuda contra el hambre facilite la distribución de alimentos a grupos adicionales de refugiados hambrientos [11]. Desde la perspectiva de una variante plausible del SIC, tengo que comparar el pequeño sacrificio para mí y para mi familia con los grandes beneficios para otros, completamente extraños, cuyos intereses deben ser considerados de manera igual. Dentro de este marco, la consideración imparcial de los intereses sitúa continuamente en un rango más alto a aquellos estados de cosas en los que se produce un gran beneficio para los extraños necesitados, con un menor coste para los opulentos occidentales. Si uno intenta introducir una obligación de dedicar recursos marginales a la propia familia más bien que a un extraño empobrecido, no hay base dentro del cuadro del SIC para evitar la inferencia de que la consideración imparcial de intereses exige prioridad para con el extraño cuyas necesidades son mucho mayores. Los vínculos especiales que son más importantes para la mayor parte de nosotros aparecen como favoritismo, nepotismo o partidismo desde esta perspectiva. Un espectador imparcial debe sopesar igualmente la falta de utilidad o la utilidad para el miembro de mi familia y para un extraño; el agente en la posición originaria de Rawls (extendida por Richards al campo de la elección individual) no sabe si será un refugiado hambriento o un miembro de mi familia. A una conclusión similar se llega en relación con un participante en el diálogo neutral de Acherman donde el argumento vencedor es siempre «yo soy al menos tan bueno como tú, por lo que debería obtener al menos tanto como tú». El adjetivo «mi» en mis referencias a mi familia no cobra ningún peso a partir de cualquiera de estas perspectivas imparcia-

10 Véase en mi *Limits of Obligation* (New Haven: Yale University Press, 1982) un intento de desarrollar esta distinción entre obligaciones generales y obligaciones especiales. La terminología fue hecha familiar por H. L. A. Hart: «Are there any Natural Rights?» en Anthony Quinton, ed.: *Political Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1967).

11 Asumo que a ciertos niveles de esfuerzo colectivo, las pequeñas contribuciones adicionales tendrán la ya advertida probabilidad de facilitar la distribución de alimentos sobrantes para los refugiados hambrientos. Uno podría adoptar una actitud puramente cínica hacia exigencias de este tipo. Hacerlo coherentemente, creo, sería egoísta, aunque hay claramente algunos casos que justifican el cinismo.

les -que consideran los intereses de mi familia de la misma manera que los intereses de la familia de cualquier otro.

Mis obligaciones especiales para con mi país -y las obligaciones especiales de mi país para conmigo- son similarmente difíciles de formular dentro del paradigma del SIC. La asunción básica -igual consideración para los intereses de cada cual- muestra una desconcertante tendencia a ignorar las fronteras nacionales de la misma manera que ignora las fronteras familiares y otros roles que definen obligaciones especiales. La posición originaria, el diálogo neutral de Ackerman o el espectador perfectamente comprensivo de los utilitaristas clásicos han sido interpretados, todos ellos, como representaciones del punto de vista moral. Por eso Ackerman se ve forzado a admitir que los mexicanos a un lado de la frontera deberían tener el mismo derecho a vivir en el Estado liberal que los americanos en el otro lado [12]. Y Beitz ha extendido, notoriamente, el marco rawlsiano para ofrecer un principio maximin global según el cual la comunidad mundial está obligada, hasta donde pueda, a maximizar la cuota mínima de bienes primarios para cada uno (o para cada persona representativa) en cualquier parte del mundo. El argumento de Peter Singer de ayuda contra el hambre, de manera semejante, sitúa la utilidad o la falta de utilidad en relación con los bengalíes desplazados en la misma posición que la utilidad o falta de utilidad en relación con los opulentos occidentales. Si el coste para los últimos no es significativo mientras que los beneficios para los primeros es grande, entonces estamos obligados a continuar dando -quizás hasta aproximar los niveles bengalíes a los nuestros propios [13].

Dentro de este paradigma, una vez que son tomadas en consideración personas situadas más allá de las fronteras no hay base para dispensarles menos que una igual consideración -pues algo menos parecería partidismos o etnocentrismo. Ponderar los intereses de los americanos diez o quince veces lo que los de los mexicanos parece indefendible desde dentro de esta perspectiva [14]. Y si el procedimiento especial es una representación del punto de vista moral, ¿cómo puede la moralidad dejarlo fuera? [15]

12 Ackerman: *Social Justice,* p. 93.

13 Peter Singer: «Famine, Affluence and Morality», en Peter Laslett y James Fishkin, eds.: *Philosophy, Politcs and Society* (Oxford; Basis Blackwell / New Haven: Yale University Press, 1979).

14 Como advierte Scheffer «tener un punto de vista personal implica típicamente cuidar de los proyectos y de los asuntos de uno mismo por encima de la proporción correspondiente a su peso relativo en la suma global (incluida la importancia del propio proyecto)». La dificultad general es que las exigencias centradas en el agente que dan expresión al punto de vista personal aparecen, desde el SIC, simplemente como una consideración desigual. Véase Samuel Scheffler *The Rejection of Consequentialism* (Oxford: Oxford University Press, 1982) p. 61.

15 Podemos distinguir una estrecha construcción del paradigma del SIC en la que su aplicación se encuentre limitada a distribuir los frutos de la cooperación social real. Si no hay ninguna práctica de cooperación social real con la que determinadas personas se encuentren conectadas, entonces el procedimiento imparcial no tiene jurisdicción sobre los frutos de la cooperación social. Esta estrecha construcción puede ser distinguida de la construcción más amplia en la que el procedimiento imparcial se presenta como la encarnación del punto de vista moral. En la construcción amplia, aunque ciertas

El problema es que las obligaciones especiales (cuyo lugar dentro de la moralidad defenderíamos muchos de nosotros) no tienen asidero para entrar en el paradigma del SIC a ningún nivel fundamental. Las personas con intereses deben ser consideradas igualmente -mi mujer o un extraño, mi compatriota o un extranjero. Si tratamos de considerar las obligaciones especiales como un factor que debe ser equilibrado frente a los resultados del SIC, el punto a enfatizar es que estamos considerando un factor desde fuera del paradigma. Dicho factor es, en ese preciso sentido, inconmensurable. No es un factor que pueda ser asimilado al procedimiento, sino que debe ser ponderado frente a éste -y ponderado frente a éste sin los beneficios de tal procedimiento sistemático, es decir, que debe ser ponderado, para usar los términos de Rawls, «intuicionistamente» y, en ese sentido, de manera no rigurosa [16].

Por eso, el primer factor que se resiste a la asimilación dentro del SIC es la exigencia moral de obligaciones especiales, más que generales. Adicionalmente, el SIC no proporciona bases para los tipos de límites a las demandas morales que nosotros presuponemos comúnmente en la secular cultura moral occidental. En *The Limits of Obligation* exploro dos:

(a) *El limite del heroísmo:* Ciertos niveles de sacrificio no pueden ser moralmente exigidos a ningún individuo dado.

(b) *Las robustez de la zona de indiferencia:* Un porcentaje sustancial de las acciones de cualquier individuo caen propiamente dentro de la zona de indiferencia o permisibilidad de libre elección personal.

El primer límite consiste meramente en la noción de que el sacrificio suficiente (incluyendo el riesgo suficientemente grande de sacrificio) sitúa a un acto que de otra forma pudiera ser obligatorio «más allá de la llamada del deber». Es más de lo que razonablemente pueda ser pedido o requerido; realizar tal acción es extraordinariamente noble o heroico, pero dejar de hacerla no es moralmente condenable. En este sentido, resulta discrecional de una manera que se distingue de las exigencias morales definidas por deberes y obligaciones.

Hablando moralmente, nuestras acciones pueden ser clasificadas en tres grandes apartados: (a) *la zona de exigencia moral,* definida por deberes y obligaciones: es correcto o moralmente valioso que nos conformemos a estas exigencias e incorrecto o moralmente condenable que dejemos de hacerlo; (b) *la zona de lo supermeritorio,* definida por acciones «más allá de la

personas no estén realmente conectadas por medio de una práctica de cooperación social, si la justicia tal como es concebida por el procedimiento imparcial exigiera una práctica de este tipo, entonces sus beneficios y cargas se encontrarían por completo sujetos a la jurisdicción del procedimiento. Para una vigorosa defensa de la perspectiva amplia, véase David A. J. Richards: «International Distributive Justice», en J. Roland Pennock y John W. Chapman: *Ethics, Economics and the Law,* Nomos XXIV.

16 En el caso de Rawls, la única propuesta racional de otro tipo de límite se encuentra bajo el apartado de lo que llama las «tensiones del compromiso». Pero este factor viene a equivaler a los regateos que pueden introducirse en la posición originaria con la confianza de que serán cumplidos. Además, Rawls excluye explícitamente las pérdidas de la mayor riqueza en una situación injusta como parte del sacrificio a considerar en las tensiones del compromiso. Véase «Reply to Alexander and Musgrave», *Quartely Journal of Economics,* LXXXVIII, 4 (Noviembre 1974) pp. 650-53.

llamada del deber» y otras acciones discrecionales que sería valioso para nosotros realizar pero que no sería incorrecto que dejáramos de realizar; (c) *la zona de lo indiferente* definida por acciones que no caen bajo las clasificaciones prescriptivas morales de correcto o incorrecto, bueno o malo: ni es valioso que las realicemos ni condenable que dejemos de realizarlas. La zona de lo moralmente indiferente define un área de permisibilidad de libre elección personal donde nosotros podemos, hablando moralmente, hacer como nos plazca. El segundo límite antes especificado consiste meramente en la exigencia de que resulta apropiado que una proporción sustancial de nuestras acciones caigan dentro de esta última categoría.

Una asunción que está implícita en la forma en que la mayor parte de nosotros vive es que la moralidad se reserva para ocasiones especiales. Muchas, si no la mayoría, de las acciones que normalmente realizamos en el curso del día caen fuera del deber y de la obligación y no son tampoco heroicas; al no hacer surgir problemas morales de un tipo u otro, son moralmente indiferentes.

Quizás no sea defendible que debamos vivir de esta manera. Existen normas tradicionales de vida, y también algunas modernas sectas religiosas, que consideran cada diminuto aspecto de la vida como determinado por dictados morales de un tipo u otro. Pero la forma de vida que normalmente damos por sentada en la cultura moral occidental moderna y secular es claramente bastante diferente y está conforme con aquella asunción. Podemos considerar este segundo límite, la robustez de la zona de indiferencia, como un corolario del primero, el límite del heroismo. Para cualquiera de nosotros, renunciar virtualmente a todas las actividades normales cuya conveniencia damos por sentada y reemplazarlas por acciones determinados por deberes u obligaciones, constituiría un sacrificio muy substancial, un sacrificio del tipo de los que podrían ser caracterizados como «más allá de la llamada del deber». Ello constituiría un sacrificio substancial precisamente porque requeriría que renunciáramos a toda una forma de vida. Más particularmente, si fuéramos a renunciar a nuestras actividades presentes y a reemplazarlas enteramente por acciones prescritas por deberes y obligaciones, nuestros intereses particulares serían sacrificados en cuanto que nuestros proyectos presentes, nuestros planes de vida, tendrían que ser abandonados o habría que renunciar a ellos. Por ello, la asunción de una robusta zona de indiferencia puede ser racionalizada como una particular demarcación del límite del heroísmo (pero no, desde luego, como el único tipo relevante de sacrificio que sitúe a los actos más allá de la llamada del deber).

Cuando un agente moral individual emplea el SIC para determinar sus obligaciones *individuales* de contribuir a la ayuda contra el hambre o a otras acciones colectivas dirigidas a eliminar grandes sufrimientos, cualquier consideración plausible de exigencias o intereses lleva rápidamente a conclusiones que rebasan los dos límites que he definido de manera simple.

Cuando el estado del mundo es tal que una consideración estrictamente imparcial de todas las exigencias o intereses relevantes lleva a la *necesidad* de que un determinado agente actúe, podemos llamar a esto *una situación que determina una obligación.* Dadas las asunciones standard de carácter empírico en el debate sobre la ayuda contra el hambre, cada pequeña contribución hará disminuir sólo de manera gradual e imperceptible el número de

las situaciones que determinan una obligación en relación con cada uno de nosotros. Bajo las condiciones de cooperación moral imperfecta que comúnmente se presentan, y dado el estado presente del mundo, existe un enorme número de seres humanos que pueden formularnos exigencias morales del tipo más básico. Si tuviera que dar, pongamos, *la mitad* de mis ingresos para la lucha contra el hambre, todavía ocurriría que *otra* pequeña contribución de 5 ó 10 dolares sería pequeña, incluso en este nivel acumulativo de sacrificio, en sus efectos comparativos sobre mí -en la medida en que tales efectos pueden ser comparados, con estricta imparcialidad, con los beneficios de aquellos a los que se ayuda. Por tanto, mediante una consideración estrictamente imparcial de los intereses, puedo razonablemente enfrentarme con nuevas *exigencias* para contribuir y con nuevas exigencias para actuar. Estas exigencias se seguirían de la condición de los innumerables refugiados que esperan ser ayudados por alguien. Creo que si fuera tan lejos como para dar la mitad de mis ingresos, habría hecho ya estallar cualquier construcción plausible del límite del heroísmo. La estricta imparcialidad fácilmente sigue exigiendo que continúe dando después de este punto. Mediante una consideración estrictamente imparcial de la exigencias, el hecho de que ya haya actuado no me preserva de nuevas demandas morales. Y en un mundo de cooperación moral imperfecta, en que otros dejan totalmente de efectuar su contribución, tendría que seguir concluyendo que serían ayudadas más personas en el caso de que actuara que en el de que dejara de hacerlo.

Este problema de la lucha contra el hambre lleva consigo una dificultad más general. Si un agente dado se enfrenta con un número suficientemente grande de situaciones que determinan obligaciones, los intereses que están en juego para el agente, aunque sean pequeños en relación con cada acto exigido, pueden acumularse hasta llegar a derribar cualquier construcción razonable del límite del heroísmo y de la robusta esfera de indiferencia. Los recursos, el tiempo, los esfuerzos y los intereses sacrificados sumarán en un cierto punto, más de lo que razonablemente pueda haber sido demandado como una cuestión de obligación. Terminemos con este problema de la «sobrecarga». El punto central, para nuestros propósitos, es que una consideración de los intereses estrictamente imparcial desconecta las obligaciones presentes de un agente de su propia historia pasada de acción. Siempre que uno sea capaz de nuevos sacrificios, se le pueden dirigir nuevas demandas morales, igual que a cualquier otra persona, en orden a la realización del estado de cosas imparcialmente preferible. Dado el número de situaciones que determinan obligaciones, producidas por el número de destinatarios merecedores de ello por todo el mundo, cada uno de nosotros, cuando consideramos el problema con estricta imparcialidad como individuos aislados, nos encontramos con obligaciones que puede considerarse bastante razonablemente, que sobrepasan los dos límites que hemos asumido.

Garzón Valdés (*) ha atacado este argumento de la sobrecarga atacando la asunción de que «un sacrificio trivial reiterado es siempre un sacrificio trivial». Y explica:

(*) El autor se refiere al trabajo de Ernesto Garzón Valdés *Los hechos positivos generales y su fundamentación,* publicado en este mismo número de «Doxa» [N.T.].

> Pero es obvio que tal no es el caso: toda reiteración de una acción en un lapso relativamente breve significa un aumento en la intensidad del esfuerzo requerido para realizarla. Esto hace que el «costo» de las acciones sucesivas no sea nunca igual al de la primera de la serie. El «dilema de Fishkin» se revela aquí como un seudodilema ya que en realidad sólo se puede llegar al límite del heroísmo y a la sobrecarga que destruye la «estructura básica de nuestra moral individual» si se viola el presupuesto del que parte Fishkin, es decir, que el contenido de la obligación es siempre el mismo: un sacrificio trivial.

Garzón Valdés explica lo que él cree que pasa:

> En el «dilema de Fishkin», lo que sucede es que se equiparan obligaciones diferentes: la realización de un sacrificio trivial de costo C_1 con sucesivas acciones cuyo costo es C_2, C_3... C_n. Y que el sacrificio que requiere costos C_2, C_3... C_n puede no ser ya trivial, es también obvio.

Desde luego, debemos distinguir la cuestión de si el *total* de C_2, C_3... C_n es no trivial, de la cuestión de si el último término en la serie, C_n, es él mismo, significativo o no trivial (si el sacrificio resulta marginalmente significativo). La primera cuestión determina si el límite del heroísmo ha sido franqueado. La última cuestión determina si todavía podemos estar obligados a realizar la acción a partir de algún principio no exigente como el de altruismo mínimo (el tipo de principio que exigiría que salváramos una vida humana si pudiéramos hacerlo con un sacrificio menor o trivial).

Garzón Valdés ha apuntado claramente que C_2 diferirá de C_1 y que C_3 diferirá de C_2, etc. La cuestión es si cada uno de ellos difiere del otro de manera tan significativa que caigan bajo un principio moral diferente. La cuestión, en otras palabras, es si la diferencia es moralmente relevante. Puede haber, desde luego, circunstancias empíricas bajo las cuales las diferencias se hagan tan grandes que plausiblemente ya no sean por más tiempo moralmente relevantes para el mismo principio. Nada de lo que digo pretende excluir esa posibilidad. Pero tampoco nada de lo que Garzón Valdés dice la garantiza.

Mi argumento es simplemente que un número suficientemente grande de acciones relevantemente similares llevarán a la sobrecarga -haciendo estallar los límites de las demandas morales definidas antes. Garzón Valdés ha señalado que a veces las acciones pueden no caer todas bajo el mismo principio, de manera que no todas son moralmente relevantes en el mismo sentido. No discuto, en cuanto posibilidad teórica, que ocurra en algunos casos. Mi opinión es que si un número lo suficientemente amplio de actos *caen* bajo el mismo principio, entonces ocurrirá la sobrecarga, pues entonces habrá un número de situaciones que determinan obligaciones suficientemente amplio como para implicar un costo total cuya amplitud sea suficiente para hacer saltar los límites.

Además, me parece que bajo condiciones realistas esta posibilidad teórica de sobrecarga es, de hecho, la interpretación más plausible. Como he indicado en el anterior ejemplo, incluso cuando doy la mitad de mis ingresos para la lucha contra el hambre, una nueva pequeña contribución de, pon-

gamos, cinco dólares, sería todavía trivial en cuanto a sus efectos sobre mí. Juzgada marginalmente, C_{x+1} es todavía menor (considerando a x como el número de contribuciones que, en total, ascendieran a la mitad de mis ingresos). No he realizado contribuciones tan generosas y no soy una persona de recursos extraordinarios. Mi opinión es que la serie de 1 a x consistirá en actos cuyos costos varían imperceptiblemente y de manera gradual, pero que son todos, plausiblemente, suficientemente pequeños como para caer bajo el mismo principio moral. Sin embargo, acumulativamente suponen más que actos singulares, aunque lo que se requiera sean actos singulares. Por esta razón me parece que todavía es aplicable el modelo de la sobrecarga.

Una significativa cuestión adicional es que el SIC es bastante capaz de exigir acciones cuyos costos marginales sean más que triviales. Me fijo en el caso de los costos triviales tan sólo porque es la versión más poderosa del problema. Es difícil negar una obligación de salvar a alguien cuando uno puede hacerlo con un coste menor o trivial, pero este simple principio aplicado a un número suficientemente grande de casos rompe los límites de las demandas morales, necesarias para el tipo de vida que damos por sentada. Desde la perspectiva del SIC, sin embargo, somos vulnerables a las demandas morales incluso cuando los costos son significativos, con tal que el bien que tales acciones produzca sea suficientemente grande. Dado que podemos alcanzar la sobrecarga con principios que sólo exigen sacrificios triviales, dejaré de lado cuestiones de sacrificio que son, por lo demás, más significativas.

El argumento que acabo de esbozar requiere sólo los siguientes elementos: (1) estricta imparcialidad en la consideración de la obligación individual, (2) asunciones sobre las exigencias o intereses individuales que dan prioridad a las exigencias de los refugiados hambrientos sobre las de los (comparativamente) opulentos occidentales en la consideración de las contribuciones marginales, (3) asunciones empíricas, sobre la ayuda contra el hambre que especifiquen que las contribuciones adicionales tendrán los efectos deseados, y (4) los dos límites de las exigencias morales apropiadas, el límite del heroísmo y la robusta zona de indiferencia.

Parece claro que (l), (2) y (3), conjuntamente, aplastan a (4). El resultado parece paradójico porque nos encontramos a nosotros mismos en una posición tal que nos obliga a ser heroicos. La postura de Peter Singer en este debate parece sorprendente porque él se abstiene coherentemente de asumir algo semejante a (4), los limites de las exigencias morales. Su postura es un coherente desafío a la manera de pensar moralmente de la mayoría de nosotros y a la manera de vivir de la mayoría de nosotros (si damos por sentado algo del tipo de los límites mencionados anteriormente) porque él simplemente nos exigiría que actuásemos de maneras que normalmente consideramos heroicas.

La fuerza de su postura reside en que opera por completo desde dentro del paradigma SIC. Dentro de ese paradigma no hay bases sólidas para los límites que hemos propuesto (ellos podrían, por ejemplo, tener una base puramente instrumental si exigir menos condujera a menos cinismo y, así, produjera mayores beneficios). El SIC conduce directamente de la igual consideración de los intereses para la evaluación de los estados de cosas a la obligación general de realizar esos estados de cosas. La obligación se aplica a todos aquellos que pueden promover esos estados de cosas preferibles dado

que los sacrificios en los que incurren -cuando se consideran imparcialmente- no conducen a estados de cosas que ya no sean preferibles a causa de la modificación de la situación de quienes realizan las acciones [17].

Esto significa que el SIC ejerce una continua presión moral para exigir ulteriores contribuciones marginales si comparo los intereses de los refugiados hambrientos y de los opulentos occidentales. Desde la perspectiva imparcial, los límite de las exigencias morales que hemos asumido parecen un intento para dar más bien mayor que igual consideración a los intereses de los ricos en orden a sacarlos del apuro, siendo así que es mucho lo que ellos podrían hacer que les sería exigido por una consideración imparcial de los intereses de todos.

Los límites se han formulado hasta ahora en relación con la elección individual, pero lo mismo vale para la elección social. ¿En qué medida debería exigirse a un determinado país que sacrificara sus intereses (y los de sus ciudadanos) en consideración a un estado de cosas global imparcialmente preferible? Haya o no alguna base sistemática para ello, comúnmente asumimos *algún* límite alto al sacrificio. Y bajo condiciones normales, comúnmente asumimos, en el terreno colectivo, algo semejante a lo que he llamado la robusta esfera de indiferencia -es decir, que los ciudadanos de un país se encuentran moralmente justificados si se dedican a sus asuntos sin que el grueso de sus acciones se encuentre moralmente determinado por exigencias de justicia u obligaciones emanadas del exterior, de otras partes del mundo.

En un mundo cuya población se prevé que se duplique antes del 2050 por medio de un crecimiento que proviene casi enteramente de los países empobrecidos, debería ser claro que cualquier aplicación *rigurosa* del SIC más allá de los límites nacionales conduciría a todo Estado-nación opulento a enormes exigencias morales relativas a la redistribución y otros sacrificios. De la misma manera que se produce sobrecarga para los individuos aislados en un mundo de cooperación moral imperfecta en el que un amplio número de situaciones que determinan obligaciones se les presentan, así también se produce sobrecarga para los Estados nacionales aislados en un mundo de imperfecta colaboración moral entre Estados, en el que un amplio número de situaciones que determinan obligaciones se les presentan (tal como esas obligaciones serían imparcialmente juzgadas por el SIC [18]).

En ambos casos, elección individual y elección social, yo he asumido un peso moral independiente para esas dos clases de exigencias morales centradas en el agente -los límites de las exigencias morales (como el límite del heroísmo y la robusta esfera de indiferencia) y las obligaciones especiales. Ambos aspectos están centrados en el agente y de esta forma, desde la perspectiva del SIC, parecen dar un peso extra a los intereses de personas particulares -el agente que debe realizar la acción o los miembros de su fa-

[17] Véase mi *Limits of Obligation,* pp. 42-5 para una discusión de las «condiciones normales».

[18] Receptores adicionales de ayuda que crean exigencias adicionales de acción pueden ser contemplados como generadores de situaciones adicionales determinantes de obligaciones.

milia o de su país- frente a los intereses de todos imparcialmente considerados.

Una alternativa sería aplicar el SIC estrictamente sin otorgar a los factores que deja fuera ningún peso moral independiente. Tanto al nivel de la elección individual como al de la elección social esto (a) disolvería los lazos que definen las obligaciones especiales que me vinculan más íntimamente a mi país o a mi mujer que a otros países o a personas extrañas, (b) sobrepasaría los límites de las demandas morales que nos protegen de la exigencia de heroísmo individual o colectivo (como el límite del heroísmo) o del fanatismo moral (como la robusta esfera de indiferencia). La aplicación coherente de tales resultados parece moralmente impensable.

Por otra parte, cuando tratamos de dar un peso moral independiente a estas exigencias morales centradas en el agente, estamos introduciendo un factor moral ajeno al paradigma SIC. Este factor es moralmente inconmensurable precisamente en el sentido de que proviene de un ámbito ajeno al paradigma. Desde dentro del paradigma no podemos determinar rigurosamente qué peso atribuir a este factor frente a los resultados del SIC porque el SIC no le atribuye ningún peso en absoluto. Si ponemos en la balanza o «descontamos» un factor como éste podemos alcanzar resultados que encontremos persuasivos en casos individuales, pero dejaremos de tener una teoría sistemática. Tal como lo caracteriza Rawls, el intuicionismo «no es más que la mitad de una concepción» y, en este sentido, resulta profundamente insatisfactorio para las aspiraciones teóricas liberales.

Cuando la teoría liberal de la justicia estaba herméticamente aislada de las relaciones internacionales y limitaba su aplicación a los miembros de un Estado-nación determinado, los conflictos que estoy subrayando se encontraban oscurecidos. El problema de racionalizar las especiales obligaciones que se dan entre un Estado y sus ciudadanos, es decir, de diferenciar esas obligaciones de las exigencias de los no ciudadanos, no se planteaba porque los no-ciudadanos no eran tomados en consideración. De manera similar, el problema de cómo limitar las enormes exigencias morales planteadas por millones de no-ciudadanos empobrecidos -una vez que se aplica el SIC- no se plantea cuando el foco de atención se limita a los ciudadanos. ¿Puede la teoría liberal limitar su aplicación de esta forma? Quizás sí, pero no mientras aceptemos la pretensión fundamental de que el SIC está basado en el punto de vista moral mismo. Y es esto, más que cualquier otra cosa, creo yo, lo que ha proporcionado a este paradigma su atractivo básico.

El aspecto central de mi posición es que el rebasar las fronteras nacionales no para de proporcionarnos casos en los que el SIC no puede aplicarse sistemáticamente; puede aplicarse sólo asistemática o «intuicionistamente». Nos sitúa ante la necesidad de contrapesar consideraciones moralmente inconmensurables. El resultado es una especie de no-teoría. Si un resultado no sistemático de este género es inevitable respecto a las relaciones internacionales ¿debemos sentirnos decepcionados? El esquema de posiciones éticas que figura a continuación puede dotarnos de perspectiva al respecto.

[19] Rawls: *A Theory of Justice*, p. 41. Una exposición particularmente influyente del intuicionismo se encuentra en Brian Barry: *Political Argument* (London: Routledge and Kegan Paul, 1965).

James S. Fishkin
De Beyond Subjective Morality:
Ethical Reasonign md Politica/ Philosophy (New Haven: Yale University Press, 1984

Cuadro I

	I Absolutismo	II Rigorismo	III Objetivismo Mínimo	IV Universalismo Subjetivo	V Relativismo	VI Personalismo	VII Amoralismo
1. La Pretensión Absolutista	+		-	-	-	-	-
2. La Pretensión de Inviolabilidad	+	+	-	-	-	-	-
3. La Pretensión de Validez Objetiva	+	+	+	-	-		-
4. La Pretensión de Universalizabilidad	+	+	+	+	-	-	-
5. La Pretensión de Juicio Interpersonal	+	+	+	+	+	-	-
6. La Pretensión de juzgarse a sí mismo	+	+	+	+	+	+	-

Cuadro II

Pretensión 1: Los propios juicios son *absolutos,* es decir, su carácter inviolable es racionalmente incuestionable.

Pretensión 2: Los propios juicios son *inviolables,* es decir, sería objetivamente incorrecto violarlos alguna vez (permitir excepciones a los mismos).

Pretensión 3: Los propios juicios son *objetivamente válidos,* es decir, su aplicación coherente a todos se apoya en consideraciones que todos deberían aceptar, si contemplan el problema al que se enfrentan desde la perspectiva moral apropiada.

Pretensión 4: Los propios juicios se aplican *universalmente,* es decir, se aplican coherentemente a todos, de forma que los casos relevantes similares se tratan similarmente.

Pretensión 5: Los propios juicios se aplican *interpersonalmente,* es decir, tanto a otros como a uno mismo.

Pretensión 6: Los propios juicios se aplican a uno mismo.

En *Beyond Subjective Morality* exploré los argumentos planteados por razonadores morales ordinarios en favor de las posiciones morales subjetivistas o relativistas. Obsérvense los cuadros y las definiciones que contienen. Las seis pretensiones metaéticas catalogadas verticalmente pueden combinarse coherentemente tan sólo en las siete posiciones metaéticas catalogadas horizontalmente. Uno de los principales descubrimientos del libro fue que los argumentos en favor del subjetivismo (posiciones IV, V, VI o VII) eran todos ellos argumentos basados en el *fracaso* de los intentos de satisfacer expectativas absolutistas -expectativas que, a menos que se trate de una posición moral sostenida por encima de toda duda razonable o aplicada sin excepción (como es el caso de las posiciones I o II), deben ser meramente subjetivas, materia de gusto personal (como aparece en las posiciones IV, v, VI o VII).

Formulé el argumento general de que la teoría liberal no puede satisfacer esas expectativas tan absolutistas. Si mi catálogo de posibilidades que figura en el Cuadro I es correcto, esto no plantea, por sí mismo, ninguna dificultad ni para el liberalismo ni para la teoría liberal. Aun cuando las posiciones I y II no son sostenibles, la posición III sigue constituyendo una posibilidad objetiva. Sin embargo, en una cultura imbuida de expectativas absolutistas, la vulnerabilidad de las teorías y principios liberales frente a los conflictos e indeterminaciones morales las hace aparecer como subjetivas, como arbitrarias, como un terreno en el que sólo impera el gusto personal. Las teorías y principios liberales que se ajustan a la posición III de mi esquema socavan su *propia* legitimidad en una cultura moral imbuida de expectativas absolutistas. Su legitimidad se encontrará socavada porque su vul-

nerabilidad frente a los conflictos y las indeterminaciones, al conjugarse con expectativas absolutistas, conduce a la conclusión de que tales teorías y principios son meramente subjetivos -parte de una ideología en sentido peyorativo, nada más que un enmascaramiento arbitrario de relaciones de poder.

Como hemos visto, cuando se sobrepasan las fronteras del Estado-nación, este problema, que estaba implícito desde siempre en la teoría liberal, adquiere un perfil claro. Si tengo razón acerca del carácter inevitablemente asistemático de la ética de las relaciones internacionales, entonces la teoría liberal corre el peligro de privarse a sí misma de legitimidad -salvo que aprendamos a esperar menos de ella, salvo que aprendamos a vivir con una ética asistemática y desechemos las expectativas absolutistas. La ética de las relaciones internacionales muestra, de forma más obvia que la de la justicia intranacional, la necesidad del conflicto moral, de contrapesar elementos inconmensurables y, por consiguiente, la genuina implausibilidad de satisfacer expectativas absolutistas. La posición intermedia de mi esquema (III) puede ser decepcionantemente no rigurosa, pero es la única posición que posibilita que una versión plausible del liberalismo pueda progresar.

(Traducción de Manuel Atienza y
Juan Ruiz Manero)

LAS FICCIONES EN EL DERECHO

PERSONA JURÍDICA, ¿UNA FICCIÓN?

1

La cuestión de la conceptualización (la naturaleza) de una persona jurídica ha sido uno de los conjuntos de problemas más debatidos en el Derecho de sucesiones tanto en la Europa continental como en Finlandia. Además, se puede decir, sin riesgo de equivocarse, que la cuestión continúa, en cierto sentido, siendo un problema recurrente en la ciencia jurídica. Presumiblemente, esto se debe a que el problema está conectado de una forma particularmente interesante con la aproximación jurídica que domina en cada período. El motivo específico para la presentación que sigue ha sido la observación de que la reciente discusión filosófica ha producido puntos de vista que son significativos también para la ciencia jurídica, y en cierta medida estos puntos de vista dan nueva luz sobre las opiniones aceptadas. Me estoy refiriendo a la forma de pensar a la que se llama filosofía analítica, una escuela de pensamiento que también se ha asentado firmemente en los países nórdicos. Esta forma de pensar se usará más adelante para abordar el problema.

La considerable disparidad de opiniones sobre la persona jurídica ha creado un número de respuestas tan heterogéneas que, sin tener en cuenta la conceptualización que adoptemos como punto de partida, la discusión parece conducir inevitablemente a un punto muerto. A este respecto, apenas sería apropiado buscar argumentos en apoyo de cualesquiera de las anteriores teorías sobre la persona jurídica. Parece más beneficioso cambiar drásticamente el punto de vista inicial y presentar la cuestión como sigue: ¿cuál ha sido la razón de la división de opiniones que se ha mostrado tan improductiva? ¿Por qué, a pesar de todos los esfuerzos, no ha sido posible llegar a un acuerdo? Antes de intentar justificar mi propia respuesta a esta cuestión, quiero tratar brevemente algunas soluciones que se han dado con anterioridad al problema de la persona jurídica.

Esencialmente cuando se trata de fundaciones (y masas hereditarias) se podría posiblemente opinar que la totalidad del patrimonio formaría en sí misma un sujeto jurídicamente relevante. Un ejemplo de esto, que se ha mencionado, es la «hereditas iacens» en derecho romano, según la cual la propiedad (el patrimonio) de un causante, entre la muerte del causante y la aceptación de la herencia, es el sujeto de derechos y obligaciones que sobreviven al causante. La «hereditas iacens» ofrece un medio por el que se evitaría el (temporalmente) extraño concepto de propiedad sin propietario. De esta forma era posible entender, de forma natural, un fenómeno jurídico, la transferencia directa de derechos de un sujeto a otro.

En relación con esto, se ha hecho a veces referencia a la teoría del «Patrimonio con un fin específico», un concepto que alude a la posibilidad de que al patrimonio perteneciente a una persona jurídica le falte un titular. Los derechos y obligaciones sólo se mantienen unidos por el fin al que está afectado el patrimonio en su conjunto. Quizá no sea completamente incorrecto decir que esta última conceptualización es, en cierto sentido, un refi-

namiento de la conceptualización de la «hereditas iacens». Sólo requiere que abandonemos la necesidad convencional de un sujeto y un objeto.

Según las llamadas teorías realistas de la persona jurídica, una entidad formada por diversas personas (accionistas, miembros, herederos, etc.) constituye una persona colectiva, un sujeto de derecho. Sin embargo, tal sujeto no es una persona natural -como se ha dicho- y sólo puede existir en el mundo jurídico. Es un sujeto artificial que se ha creado por personas con fines jurídicos. Lo esencial en esta idea, tal como yo la entiendo, es que supone la existencia (al menos en algún sentido) de un sujeto que no es persona física. Está claro, que es precisamente por esto por lo que se dice, por ejemplo, que los derechos y obligaciones no incumben a las personas físicas que crean la persona jurídica ni a los miembros de esta persona jurídica ni a sus administradores, sino que tales derechos y obligaciones incumben a un sistema jurídico supraindividual que puede separarse de las personas que lo componen.

Esta concepción muestra su formulación más clara cuando al sujeto de derecho en cuestión se le dan también características personales: se habla, por ejemplo, de la existencia y objeto de la persona jurídica, y se hace referencia a la organización como algo con voluntad propia. Con todo, últimamente se ha tratado de evitar tales expresiones en la medida de lo posible, o al menos se ha hecho hincapié en que sólo se trata de una forma alegórica de hablar. Así, aunque se asume la existencia de personas físicas, la atribución de personalidad a la persona jurídica se considera como una ficción. Por tanto; se podría llamar a tal consideración (una consideración que creo ha sido -al menos en fechas cercanas- bastante común en la ciencia jurídica finlandesa) una teoría de la ficción, en especial porque esta teoría, cuando se interpreta en la forma vista, se aproxima bastante a la teoría de Savigny que tiene este nombre.

Los intentos antes descritos de hallar una solución se han criticado, a veces, aludiendo a la inutilidad de la aproximación llamada sustancial. Y, esto se debe a que se ha considerado, al menos en muchos casos, que estas teorías describen una consideración típica de la naturaleza de los fenómenos basada en especulaciones metafísicas. Presumiblemente, algunas de las más destacadas opiniones tienden a adoptar una formulación lingüística que refleja un tipo especial de perspectiva ontológica; con esto me refiero a la opinión de que, junto a las personas físicas, «existe» realmente (al menos en el mundo jurídico) algún tipo de personalidad individual jurídica. Con todo, debe recalcarse que tal opinión ha dado lugar últimamente a la opinión que he llamado la teoría de la ficción.

Para mayor claridad, el problema de la sustancia y su inutilidad puede, y, tal como lo veo, debe reconducirse desde el plano matafísico al lógico. Además, en este caso, los intentos de construir una conceptualización pueden interpretarse sin dificultad, como intentos de obtener definiciones, que posibiliten el acuerdo sobre ciertos criterios en el uso del concepto de persona jurídica. En otras palabras, se ha intentado hallar las condiciones necesarias y suficientes para, cuando se dan ciertos hechos, poder hablar de «persona jurídica».

Por consiguiente, los intentos de construir una conceptualización han conducido, casi sin excepción, a una cierta unilateralidad. Pese a ingentes

esfuerzos, no ha sido posible alcanzar un acuerdo en la doctrina sobre los requisitos conceptuales de la persona jurídica (su naturaleza). Esto es naturalmente una de las más importantes dificultades en las teorías, pero al mismo tiempo guarda relación con una característica que parece ser bastante interesante en relación con la solución del problema.

El hecho de que difieran las opiniones se debe presumiblemente en gran medida a que la cuestión que se ha tomado como punto de partida («¿Es X una persona jurídica?») se ha formulado incorrectamente. En general, no puede ser contestada. Y, esto es así porque la cuestión conduce inevitablemente a una situación en la que cada autor trata de cristalizar la definición del concepto aún cuando los «fenómenos» que pertenecen al dominio del concepto (la expresión) no tengan una única característica común que pueda servir como criterio. Además, es incorrecto en principio intentar hallar una definición de persona jurídica universalmente aplicable. Por esta razón tampoco podemos presentar nuestro problema en la forma: «¿Cuál es la naturaleza de una persona jurídica (de una masa hereditaria)?»

La cuestión de la persona jurídica es un problema que tiene que ver con las reglas del lenguaje que usamos y por esta razón sólo puede resolverse examinando cuidadosamente estas reglas. Mi tesis principal -que en este momento ya se puede presentar de forma preliminar- es por tanto la siguiente: el significado del concepto de «persona jurídica» («sociedad», etc.) se manifiesta en la forma en que estos términos son y pueden ser usados en conexión con el lenguaje jurídico.

2

Pienso que éste que uno de los impulsos que condujo a Lahtinen a estudiar esta cuestión de una forma no convencional. Él mismo llamó semántico a su punto de vista. En lo que sigue trataré de analizar alguno de los elementos esenciales de este punto de vista. En los fenómenos jurídicos, se trata siempre del comportamiento humano. Por esto, se necesita un nombre para denominar jurídicamente a las personas jurídicas. En principio es posible arreglárselas usando sólo nombres de personas físicas. En algunos casos, sin embargo, esto puede ser bastante inapropiado. Éste es específicamente el caso de una comunidad bien organizada. Por esta razón, no son descritas con nombres de personas físicas sino con la ayuda en cada caso de un símbolo especial (una descripción; «Kennzeichung») para la organización. Lahtinen entendía la palabra «Kennzeichung» como un símbolo que, sin ser el nombre del fenómeno (organización) en cuestión, define sin ambigüedad este fenómeno. Con respecto a esto, Lahtinen hace referencia por ejemplo a las opiniones de Carnap.

El problema de la persona jurídica aparece en un estudio que usa este punto de partida como una cuestión de si se permite o no el «Kennzeichung». Según Lahtinen, ésta, a su vez, depende de las bases sobre las que el «Kennzeichung» puede ser traducido con suficiente certeza en nombres de personas físicas. En opinión de Lahtinen el uso del «Kennzeichung» requiere la existencia de una organización que permita tal traducción. Si este es el caso, podemos decir que la organización en cuestión es una persona jurídica.

Desde este punto de vista, el significado del «Kennzeichung» es el mismo que el de los nombres de personas. Es un medio para redescubrir ciertas personas físicas. De acuerdo con esto, Lahtinen señala que no se da la distinción, que aparece en la concepción dominante, entre la persona jurídica y los individuos que la componen. El problema de la naturaleza de la persona jurídica, un problema que ha causado gran cantidad de discusión, desaparece. En su lugar, están las cuestiones de la organización técnica a las que merece la pena prestar atención.

En un examen más a fondo de la forma de pensar de Lahtinen, se puede notar que, a pesar de su claridad, deja unas cuantas cuestiones abiertas. En particular, no se han aclarado dos puntos. En mi opinión, estos dos puntos son esenciales para comprender su postura. En primer lugar, no está claro lo que en última instancia implica llamar a una cierta designación colectiva un «Kennzeichung». Nadie puede responder a esto, sin a su vez, estudiar antes lo que se puede entender por el proceso de «traducir» el «Kennzeichung» a nombres personales. En lógica de enunciados, ¿cómo es posible realizar el proceso de «traducción»?

Para ilustrarlo vamos a estudiar, por ejemplo, la proposición

«La sociedad de responsabilidad limitada X posee el patrimonio r»

Parecidas proposiciones relativas a otras organizaciones son, entre todas, «La fundación Y posee el patrimonio r» y «La masa hereditaria Z posee el patrimonio r».

Lahtinen señala, por ejemplo, que el «Kennzeichung» hace referencia a ciertas personas, y se pueden hallar estas personas «refiriéndose» al «Kennzeichung». No obstante, esto requiere algún conocimiento de la organización. Si el grado de conocimiento es suficientemente alto, se puede usar indistintamente el «Kennzeichung» o los nombres personales. Lahtinen presenta como ejemplo (un ejemplo, que en comparación con el problema completo, está supersimplificado) el «Kennzeichung» «los bienes comunales en el Lago X». Usando ciertos hechos, tales como las normas aplicables y la lista de copropietarios, en este caso específico, podemos identificar las personas a las que, en un determinado momento, pertenecen los bienes comunales.

Usando algunas generalizaciones atrevidas, es posible que podamos concluir, sobre la base de estos enunciados, que nuestra proposición sobre la sociedad de responsabilidad limitada pueda reemplazarse por una proposición que sólo contiene los nombres de los socios. En tales circunstancias podríamos claramente ser capaces de escribir.

«los socios A . . . A(n) poseen el patrimonio r».

en lugar de hablar sobre la propiedad de la sociedad. De acuerdo con esta línea de pensamiento, presumiblemente se podría también traducir la proposición relativa a la fundación a una proposición que contenga los nombres de algunas personas naturales.

Si se entiende la traducción del «Kennzeichung» a nombres de personas de esta forma, es claro que la interpretación de la sociedad de responsabilidad limitada no está de acuerdo con nuestras leyes en vigor. Después de todo, puede considerarse autoevidente que según la ley finlandesa de Sociedades de responsabilidad limitada no es posible identificar el derecho de propiedad que tiene la compañía con la de sus socios, por ejemplo, sobre el pa-

trimonio r. Claramente esta identificación es aún menos posible con relación a una fundación. Esto es así porque no es posible indicar las personas físicas de las que, en el sentido normal de la palabra, pueda decirse que poseen la propiedad de la fundación.

3

¿Se puede, entonces, aun en general, dar un contenido a la posibilidad de traducción tal que se evitaran las dificultades que se han mencionado? En mi opinión, puede hacerse. Apoyándose en ciertas ideas presentadas por Manfred Moritz, se podría sugerir la siguiente respuesta. (Con todo, hay razones muy fuertes para recalcar que la posición de Moritz no puede entenderse de ninguna manera como una interpretación de la aportación de Lahtinen. No me ha sido posible saber si, cuando presentó su opinión, era consciente del punto de partida de Lahtinen).

Moritz toma la siguiente proposición como el objeto de su estudio

«S es un representante de la persona jurídica JP» («S ist Stellvertreter der juristischen Person JP»)

y recalca al mismo tiempo que se trata de un concepto unitario («einheitlicher Begriff»). En otras palabras, no puede entenderse como una proposición según la cual S, en el sentido jurídico-técnico usual de la palabra, representa un sujeto. Así, las siguientes expresiones son eliminadas del estudio: «JP es un sujeto de derecho», «A es una persona jurídica» y especialmente la proposición «La persona jurídica JP existe». Es interesante notar que en opinión de Moritz, la cuestión que conduce a tal respuesta está formulada incorrectamente («Aus diesem Grunde ist die Frage nach der Existenz der juristischen Person hinfällig. Die Frage ist falsch gestellt»). El problema no está en la clarificación del contenido significativo de la palabra «persona jurídica» sino de la proposición unitaria «S es un representante de la persona jurídica JP».

Si lo he entendido correctamente, las ideas de Moritz son las siguientes. Cuando una sociedad se establece e inscribe, el cambio más importante de hecho (o al menos uno de los cambios más importantes) es que el estatus de ciertas personas, tales como los miembros del consejo de administración o del gerente, cambia. Después de la inscripción se hace referencia, por ejemplo, al gerente, cuando se presenta como tal, con los términos «representante de la sociedad de responsabilidad limitada X». Sin embargo, no se debe trazar un estrecho paralelismo entre esto y, por ejemplo, la autorización «ordinaria» atendiendo sólo a la forma en que se usa el lenguaje. El representante de una persona jurídica tiene una posición especial. Cuando hablamos de una persona jurídica tratamos con un fenómeno único: usando una frase de Moritz, tratamos con derechos y obligaciones «boomerang».

Tomemos un ejemplo para ilustrarlo. Cuando un representante lleva a cabo un acto jurídico, por ejemplo, compra bienes para su representado, una persona física, el acto jurídico obliga inmediatamente al representado. Se transforma en propietario como parte en el contrato.

No obstante, puede pensarse fácilmente en una situación donde el «representante» adquiere una posición más fuerte sobre la base de un contrato. Se le puede autorizar a resolver todos los asuntos en nombre de su represen-

tado, y tener órdenes para atender todas las obligaciones de su representado. Si es así, entonces llegamos a una situación donde el representado de hecho no tiene nunca que «aparecer». Cuando el representante celebra un contrato, las obligaciones que surgen de este contrato llegan a afectarle como un boomerang. Lo mismo se aplica a los derechos que aumentan sobre la base del contrato. Un ejemplo especialmente típico de esto lo proporciona el Derecho finlandés de la institución de tutela legal. Mientras existe la tutela el menor no participa activamente de ninguna forma en los actos jurídicos. Cualesquiera actos jurídicos en los que participa son inválidos. Los contratos son firmados (y sólo pueden ser firmados) por el tutor en «nombre» del menor.

También, cuando se estudia la representación de una sociedad de responsabilidad limitada y otras personas colectivas, pronto se nota que en muchos aspectos la situación es comparable con la situación mencionada. Cuando un representante, por ejemplo, el gerente o el consejo de administración, actúa en nombre de la sociedad, de acuerdo con las disposiciones vigentes significa que el mismo actor (el gerente o el consejo de administración) tiene el derecho y/o está obligado a realizar ciertos actos. Esto sucede más claramente cuando se trata de la llamada sociedad de un solo hombre, pero la estructura de esta situación no es diferente aunque se trate de una sociedad «ordinaria», una fundación, etc.

Cuando se usa de esta forma, la proposición «S es un representante de la persona jurídica JP», según Moritz, significa que la persona física S en nuestro ejemplo tiene ciertos derechos (R,. . . ,R(n)) y, por otra parte, ciertas obligaciones (P, . . . ,P(n)). La proposición que Moritz usa como ejemplo (S(1)) puede, en otras palabras, traducirse en una proposición relativamente compleja que hace referencia a los derechos y obligaciones de personas físicas (S(2)). En nombre propio deseo añadir algo. Desde el punto de vista de la lógica de enunciados, la traducción del «Kennzeichung» a nombres de personas significa que la proposición S(l), que hace referencia a una expresión colectiva tal como «sociedad de responsabilidad limitada», es reemplazada por una conjunción de proposiciones (S(2)) que establecen que la persona S pertenece a una determinada categoría en una norma jurídica. Cuando se interpreta de esta forma, nuestro problema se reduce a un estudio de las posibilidades lógicas de reemplazar ciertas complicadas proposiciones por otros enunciados donde la expresión colectiva en cuestión no aparece.

4

Después de esto, volvamos por un momento a nuestra expresión original «La sociedad de responsabilidad limitada X posee el patrominio r». Nos preguntamos lo que se está realmente intentando describir con esta proposición.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de decir, la respuesta puede por ejemplo tomar la siguiente forma: sobre la base de ciertos acuerdos y actos (los estatutos de la sociedad, la inscripción, etc.) de (las personas físicas) A... A(n) dentro del ámbito de un cierto sistema de normas, la persona (física) T tiene una posición tal que puede legalmente, como el representante de la sociedad (en nombre de la sociedad), firmar un documento de venta relativa al patri-

monio. ¿Qué implica esto? Como una consecuencia de la transferencia, ciertas personas que pertenecen a esta organización, tal como T, tienen ciertos derechos y obligaciones. Pueden darse ejemplos que incluyen el derecho a demandar si el derecho de propiedad es violado, y la obligación de tener la propiedad registrada. El acto en nombre de la sociedad, la comparecencia como el representante de la sociedad, crea por ejemplo unos derechos y obligaciones «boomerang» (como las mencionadas) para el mismo actor. Cuando se trata de una sociedad, la propiedad significa así que ciertas personas que pueden ser identificadas sobre la base de ciertos documentos tienen derechos y obligaciones tal como se establecen en el Derecho de sociedades.

No parece que tenga sentido formular la cuestión del derecho de propiedad de la sociedad de otra forma. En otras palabras, es innecesario discutir la cuestión de, por ejemplo, si aun, a pesar de todo, los miembros de la sociedad poseen o no en último término la propiedad de la sociedad. Tal formulación se basa sobre la idea psicológica extraída del uso cotidiano en el que se puede indicar siempre un sujeto en el sentido convencional para todos los derechos. Debería señalarse especialmente que al intentar estudiar la situación cuando la sociedad existe, el resultado que alcanzamos no está afectado de ninguna forma por el hecho de que, a la disolución de la sociedad, los miembros puedan recibir la propiedad que ha «pertenecido» previamente a la sociedad. Es especialmente problemático si, con referencia a esto, se puede decir en general que ya en la disolución de la sociedad los miembros tienen un cierto derecho por ejemplo a la propiedad de la sociedad. En todos los casos parece muy violento llamar a este «derecho» el derecho de propiedad de los miembros. Cuando se trata de una sociedad, la propiedad es también en general un fenómeno tan atípico que, a pesar de la similitud en la terminología, no parece existir ninguna razón para igualar éste con el derecho de propiedad de las personas físicas.

Hasta donde llego a ver, es claro que si se hace referencia específicamente a los aspectos lógicos descritos antes, el problema tradicional de la persona jurídica y las ficciones desaparecen de una forma natural. En tal caso, no se puede dirigir contra este punto de vista la objeción de que no es aplicable a todos los tipos de personas colectivas, tal como las fundaciones. Esto es así porque ya no se constituye un sujeto en cada caso; en su lugar, el problema consiste en traducir una proposición en otra. El significado (el valor de verdad) de las expresiones que contienen términos colectivos («La sociedad de responsabilidad limitada X posee el patrimonio r» o «la propiedad de los socios no se puede embargar por la deuda de la sociedad») se muestra en la forma en que discutimos los contenidos de las disposiciones relevantes (tal como las disposiciones de la Ley de responsabilidad limitada). Con referencia a Wittgenstein podemos quizá hablar sobre juegos del lenguaje («Sprachspiel») que se aplican a esta rama del Derecho. Estos juegos nos revelan los contenidos significativos de las proposiciones que estudiamos. Se trata sólo de que usamos el lenguaje de una forma relativamente especial, diferente del lenguaje cotidiano.

(Trad. de José Pedro Úbeda y
Juan Ruiz Manero).

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, Aulis, Nagra tankar om oskiftat dödsbo som juridisk person. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT), 4/1969 p. 342 ff. Perillisen oikeusasemasta. Porvoo/1967 (German summary).

Prinz, Alois, Pandekten II. Leipzig 1868 p. 979 ff.

Lahtinen, Osvi, Till läran om juridiska persorner. Tidskrift fo Retsvitenskap (TfR) 1949 p. 50 ff.

Moritz, Manfred Sind die juristischen Personen Fiktionen. Festskrift för Karl Olivecrona. 1964 p. 442 ff.

RACIONALIDAD E IMAGINARIO SOCIAL EN EL DISCURSO DEL ORDEN

Creyó haber nacido para provecho del mundo y no para el propio.

Lucano, Farsalia II, 383

1

-*El dispositivo del poder: discurso del orden e imaginario social*

La historia del reparto del poder y su correlación en lo social con jerarquías desiguales ha sido secularmente acompañada por un dispositivo de legitimación y sostén no exento de complejidad y doble vertiente. Convergen en este dispositivo, por un lado, la construcción de un *discurso del orden* que asigna al resultado y producto social en una dada relación de fuerzas, una propiedad natural o divina: la de ser un orden necesario «para el provecho del mundo» aunque se trate, en verdad, de un cierto orden, o sea, orden impuesto «para el propio» provecho del clan, la tribu o el pueblo vencedor, determinada comunidad o la clase privilegiada.

Integra este dispositivo, por otro lado, la inserción del discurso del orden en montajes de ficción, soportes mitológicos y prácticas extradiscursivas como ceremonias, banderas, rituales, cánticos e himnos, distribución de espacios, rangos y prestigios, etiquetas, y otras de no menos variado tipo como heráldicas, diplomas, tatuajes, marcas, apelación a los ancestros, tumbas, símbolos funerarios, manejos de ruidos y silencios, escenas que ponen en relación al hombre con la solemnización de la palabra.

Todas estas prácticas de solicitación y manipuleo del psiquismo humano pueden identificarse bajo el rótulo de *imaginario social,* en el que se hacen materialmente posibles las condiciones de reproducción del discurso del orden.

El *«discurso del orden»* y el *«imaginario social»* concurren y convergen en el *«dispositivo del poder»,* del que constituyen instancias distintas pero no independientes.

Nadie duda de la complejidad del fenómeno del poder cuyos análisis pueden pasar y han pasado de una dirección macrofísica en los estudios a un polo microfísico. La primera dirección que nos ocupará en este trabajo responde a una concepción clásica del poder ligado al problema de la soberanía. Poder y Soberanía son el anverso y el reverso de un mismo problema al que se interpela con el pensamiento jurídico político de los siglos XVI y XVII. Combatiendo por el poder real, defendiendo el derecho supremo del soberano, único capaz de imponer por encima de los individuos particulares la voz universal de la razón, necesaria a un siglo intensamente convulsionado por las crisis religiosas y políticas, Thomas Hobbes construyó el modelo más acabado del poder absoluto. Es sabido que este modelo, el más extremo del absolutismo estatal, fue el del *Leviathan,* «dios mortal al que debe-

mos, bajo el Dios inmortal nuestra paz y nuestra protección» [1] al que Hobbes, por la vía del pacto legítimante, le reconoce un poder y una fuerza tal que el terror que inspiran le permiten modelar la voluntad de todos. Por el pacto los particulares intentan escapar a la guerra de todos contra todos y renuncian a ejercer su derecho natural para obtener en compensación, seguridad a condición de que todos hagan lo mismo. Como esta reciprocidad no puede esperarse de la voluntad de cada individuo aislado, una potencia incontestada e incontestable por el exceso de su poder debe asegurar el monto desbordante de fuerza y coacción que permita en pleno estado de naturaleza, instaurar la sociedad civil: *el soberano y su potencia.* El soberano representa la voluntad y la unidad del cuerpo político, pero no es una parte de este cuerpo ya que no está ligado por la convención que los sujetos suscriben entre sí y no con el soberano. Más bien, dice Hobbes, «la soberanía es un alma artificial que da la vida y el movimiento al cuerpo» (Lev. Int. p. 5). El soberano es el legislador, el que nombra los Consejos, controla las doctrinas y las opiniones, reparte las recompensas y los castigos. Dueño de la espada de la guerra en el gesto en que la levanta, levanta la espada de la justicia, la jus gladii, y se erige a una en injusticiable y amo de la ley. Para los demás, o sea para los sujetos, regla y derregla el uso del derecho, designa los magistrados, establece y deroga las leyes, fija en su marco la dimensión de lo valioso y lo disvalioso, lo justo y lo injusto.

Esta injusticiabilidad del príncipe aparece expuesta con nitidez por Hobbes en *De Cive,* Sección II, «El Imperio», Cap. VI, punto 12, en el doble ámbito de los hechos y el derecho: «En fin, de que cada particular ha sometido su voluntad a la voluntad del que posee la potencia soberana en el Estado, de tal suerte que no puede emplear contra él sus propias fuerzas, se sigue manifiestamente que el Soberano debe ser injusticiable sin que importe lo que emprenda. Puesto que del mismo modo que naturalmente (de hecho) no se puede castigar a alguien si se carece de las fuerzas suficientes para ser el amo, tampoco se puede castigar a alguien legítimamente (de iure) si no se cuenta para ello con fuerzas legítimas suficiente» [2].

Sobre la interpretación del poder en T. Hobbes véanse los capítulos 4 y 5 del libro *Thomas Hobbes,* de Michel Malherbe, París, 1984, ed. Urin y la segunda (La teoría política) de *Thomas Hobbes y los orígenes del estado burgués,* Buenos Aires, 1973, de Guillermina Garmendia de Camusso y Nelly Schanaith. En cuanto al problema de la ideología en Hobbes el artículo de Ezequiel de Olazo, «Hobbes y el análisis ideológico» en *Revista Latinoamericana de Filosofía,* Vol. VI, N.º 1, marzo 1980, Buenos Aires. Lo sustancial de la obra política de Hobbes está contenido en *The Elements of Law* (1640), *De Cive* (1642) y *Leviathan* (1651). La obra de Hobbes está en función de los intereses prácticos de las luchas políticas en Inglaterra del siglo XVII, en las que estuvo comprometido. Los comienzos de la rebelión contra Carlos I en Escocia e Inglaterra en la década del 30 al 40, lo apartaron, según Aubrey su biógrafo contemporáneo, casi por completo de la matemática, centrándose en la filosofía política. Emigró en 1640 a Francia donde estuvo 10 años y volvió a Inglaterra después de la derrota y ejecución de Carlos I, conservando la amistad de Carlos III luego de la restauración de los Estuardos en 1660.

2 Para Raymond Polin, introductor de la ed. francesa de *De Cive,* al mantener Hobbes la idea de un derecho natural negativo, de una justicia natural negativa, integra en éstos los principios del positivismo jurídico, anticipándose en lo esencial a Hans Kelsen. Véase *De Cive* o los fundamentos de la política, París, Sirey, 1981, p. 51.

A la luz de esta injusticiabilidad, se comprende ahora el embarazo jurídico y político que un siglo más tarde de Hobbes habría de emerger en uno de los debates más graves de la historia, cuando en 1793 la Convención Nacional tiene que juzgar al último Rey del Antiguo Régimen, al derrotado de Valmy y prisionero en Temple. Sustentando la injusticiabilidad y la imposibilidad jurídica del proceso, Morisson su defensor reproduce el argumento de Hobbes: «Para juzgar a Louis XVI es necesario que haya una ley preexistente que pueda serle aplicada... El código penal no contiene ninguna disposición que pueda ser aplicada a Louis XVI. Aún en el tiempo de sus crímenes existía una excepción a su favor, yo quiero hablar de Constitución». Injusticia de derecho, sus acusadores quedan de este modo remitidos a la cuestión de hecho y apresados por ende en el texto hobbesiano: al Rey, al Capeto no hay que juzgarlo de iure sino combatirlo. Para Saint Just: «La opinión de Morisson que conserva la inviolabilidad y la del comité que quiere que se lo juzgue como ciudadano, son igualmente falsas. En cuanto a mí digo que el Rey debe ser juzgado como enemigo». No se puede reinar inocentemente, el crimen de este hombre es el de haber sido rey y no hay punto medio, debe reinar o morir. «Las formas del procedimiento no están en la ley civil, sino en el derecho de gentes... Un día nos asombraremos de que en el siglo XVIII se haya avanzado menos que en los tiempos de César. El tirano fue inmolado en pleno senado, sin otras formalidades que veintidós golpes de puñal y sin otra ley que la libertad de Roma. Y hoy se hace con respeto el proceso de un hombre asesino de un pueblo sorprendido en flagrante delito con la mano en la sangre y en el crimen. Aquellos que atribuyen alguna importancia al justo castigo de un rey jamás fundarán una República». En el cancel del argumento de hecho, poco añade luego la voz jacobina de Robespierre: «El rey no es un acusado. Ustedes no tienen que dictar una sentencia a favor o en contra de un hombre, sino adoptar una medida de salud pública, ejercer un acto de providencia nacional. Louis fue rey, la República está fundada. La cuestión famosa que os ocupa está reglada por estas solas palabras... El derecho de castigar el tirano y el de destronarlo es la misma cosa, uno no computa otras formas que el otro. Louis debe morir porque es necesario que la patria viva» [3].

La injusticiabilidad del poder soberano, la emanación del derecho y sus contornos de su voluntad suprema, la circunstancia de que el soberano constituya un ser natural sólo frente a los otros soberanos, y no-natural frente a sus sujetos -puesto que su derecho es único- son los indicadores decisivos de este otro elemento esencial del dispositivo del poder que no aparecía en nuestro esquema inicial y que lo integra junto con el discurso del orden y el imaginario social: *«la fuerza»*.

Hemos percibido a Hobbes aludir a este tercer elemento, tanto en el argumento de hecho como en el de derecho, en algunos breves pasajes del *De Cive* y *el Leviathan.* El capítulo XVII de este último tratado contiene su fórmula más simple: «... las convenciones sin la espada no son más que palabras carentes de la fuerza para dar a los hombres la menor seguridad» y el

3 Puede verse el debate en *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault,* Buenos Aires, Hachette, 1983.

XX identifica a la fuerza como el origen común de los tipos de República que examina en este texto, la República de adquisición (o conquista) y la República de institución: «La República de adquisición es aquella en que el poder soberano se adquiere mediante la fuerza, allí donde los hombres sea individual o colectivamente (por la mayoría de los sufragios) por miedo a la muerte o a las cadenas, autorizan todas las acciones del hombre o de la asamblea que tiene poder sobre sus vidas y libertades.

Esta especie de dominación o de soberanía difiere de la soberanía de institución, solamente en esto: que los hombres que eligen su soberano lo hacen por miedo de unos a otros, y no por miedo a quien instituyen. Pero en este caso se someten al que es temido. En ambos casos lo hacen por temor y deben tomar nota aquellos que sostienen que son nulas todas las convenciones que proceden del miedo a la muerte o a la violencia. De ser cierto esto, sería imposible que ningún hombre estuviese obligado a obediencia en ninguna clase de República... ».

En los dos casos existe pacto y en los dos casos existe temor, la diferencia radica en que las repúblicas por institución crean la desigualdad civil, en tanto que el pacto en las de adquisición consagra una relación desigual de dominación adquirida naturalmente.

La fuerza es el elemento constitutivo del poder, el que lo produce, pero la fuerza o la violencia se frustraría de no articularse en dispositivo con el discurso del orden y el imaginario social, que constituyen las condiciones de reproducción del poder producido, los garantes de la continuidad del poder conquistado o instituido con base en la fuerza. En el interior del dispositivo del poder, el discurso del orden y el imaginario social reactualizan la fuerza y la transforman verdaderamente en poder, haciéndolo constante y socialmente transmisible. Este cambio no es de grado sino de cualificación, con él el poder se hace operativo para la cohesión del grupo o la sociedad. Transformada la fuerza en poder, el discurso del orden y el imaginario social aseguran la presencia del poder y los efectos de la fuerza aun estando ésta ausente.

Fuerza, discurso del orden e imaginario social varían en sus modos de articularse, intersectarse y agruparse dentro del dispositivo del poder, según cambios históricos en que se suceden diversas coyunturas económicas, políticas e ideológicas o mutaciones estructurales revolucionarias en los sistemas de producción. Estas rotaciones en las modalidades de interferencia y combinación de los elementos del dispositivo del poder, el hecho de que el discurso del orden y el imaginario social tengan distintos puntos de anclaje entre sí y en su incardinación con el juego de las relaciones de fuerza conforme a su estado histórico, la densidad de contacto o separación entre ellos, su respectivo peso específico que va de la mayor o menor evicción o evacuación de cada uno *en el dispositivo* o de la mayor o menor transparencia *del dispositivo* en la estructura social opaca por naturaleza, depende básicamente de dos factores. El primer factor es endógeno y relativo a la circunstancia de que, dentro del dispositivo, discurso del orden e imaginario social son heterogéneos y cumplen distinto papel y función. Pertenecen, en rigor, a tópicos disímiles: veamos sus lugares correspondientes.

El discurso del orden es el lugar de la razón. Pertenece al ámbito cog-

noscitivo, al de la teoría y las represenaciones racionales. En este lugar, doctores del derecho, prudentes, juristas (esos profesores de racionalidad), intérpretes y glosadores hacen su obra. Buena parte de este dominio lo satisfacen también la moral, la filosofía política y la religión, aisladamente o en conjunción con el segmento jurídico del discurso del orden al que suministran los últimos fundamentos, los referentes trascendentes divinos o seculares, y las ficciones del reino vaihingeriano del «como-si». Es éste el topos de legitimación en el dispositivo del poder, el de los juegos enunciativos y las reglas de justificación. Cuando asume normalmente la forma de ciencia del derecho predominan el análisis de conceptos, los criterios descriptivos y clasificatorios de las conductas que las normas prohiben o autorizan, la lógica de los directivos y la gramática de los operadores deónticos, es decir, el conjunto de los procedimientos lógico-metodológicos cuya reconstrucción se asigna a la historia interna de la ciencia. En este contexto de racionalidad, la demanda de la ciencia jurídica a la filosofía en procura de sus fundamentos (que es por definición una demanda ideológica) ha sido un movimiento de báscula entre la noción de Verdad-garante y la más flexible de rational acceptability, luego de la desconstrucción de aquella noción en nuestros tiempos por la filosofía.

Pero el discurso del orden es también el espacio de la ley. En este espacio, la fuerza encuentra dentro del dispositivo del poder su modo más racional de comunicación social al apropiarse de las técnicas con que las normas jurídicas la transmiten y transportan con el nombre de coerción, coacción, y sanción, es decir, con los mecanismos de obediencia y control social del derecho.

El espacio de la ley es espacio de razón. La ley es fuerza-razón en un doble sentido: razón en cuanto al tipo formal de las estructuras lógicas que comunican la fuerza, y razón en cuanto en ella y a través de ella se producen las operaciones ideológicas de justificación del poder. Antes de abandonar la terminología del Leviathan, paradigma de lo absoluto entre las concepciones clásicas del poder, es útil ver a Hobbes centrar en la razón el paso a la ley civil emergente del pacto productor de la soberanía. La pérdida de la libertad propia del estado de naturaleza sólo se justifica, en efecto, en el cálculo racional de las ventajas que proceden del sacrificio del derecho natural de todos a todo: la paz, la seguridad, la protección y preservación de la vida. Sólo la conservación de la vida puede ser la respuesta de la razón a una pregunta revestida con todas las apariencias de lo incongruente: ¿cómo un pacto o una convención entre particulares puede engendrar la relación de soberanía, que es una relación de poder y no sólo de fuerza, y generar un campo de obligaciones y de sujeciones unilaterales?

Al indicar Hobbes que la conservación de la vida es la respuesta de la razón, señala también que es la vida el único derecho inalienable e intransferible. De este modo, abre el derecho de resistencia, el margen de la libertad en el poder absoluto, cuando éste pierde su capacidad de protección: «La obligación de los súbditos -dice- para con el soberano se sobreentiende que dura tanto como el poder mediante el cual éste es capaz de protegerlos. Pues los hombres no pueden enajenar el derecho que tienen por naturaleza a protegerse cuando ningún otro puede hacerlo. La soberanía es el alma de

la república y una vez separada del cuerpo, los miembros ya no reciben su movimiento de ella. El fin de la obediencia es la protección...» (Lev. Cap. XXII).

Ahora bien, el dispositivo del poder exige como condición de funcionamiento y reproducción que la fuerza y el discurso del orden legitimante, estén insertos en una estructura de movilización de creencias discursivas y extraordinarias. Es el lugar del imaginario social, la tierra natural de las ideologías teóricas y prácticas. La función del imaginario social es operar en el fondo común y universal de los símbolos, seleccionando los más eficaces y apropiados a las circunstancias de cada sociedad, para hacer marchar el poder. Para que las instituciones del poder, el orden jurídico, la moral, las costumbres, la religión, se inscriban en la subjetividad de los hombres, para hacer que los conscientes y los inconscientes de los hombres se pongan en fila. Más que a la razón, el imaginario social interpela a las emociones, a la voluntad y los deseos. Es un topos herográfico y teofánico sagrado por su función, aunque no siempre por su origen, pero con efectos seculares muy pragmáticos en lo social. Espacio-imago poblado de iconos, de mantos de púrpura, de mosaicos proféticos y miniaturas. En este espacio los rituales religiosos y profanos hacen su obra. Lugar de leyendas indocumentadas, de príncipes guerreros sentados en tronos de santos, y de santos con la espada desenvainada, símbolo de poder. Lugar de riendas que sujetan hermosos caballos, de hagiografías cromáticas, de sagas de nobleza, de rollos y tablas de la ley. Es un espacio de palmas levantadas, de piernas magras y desnudas, de bastones de mensajeros o enviados, de cruces griegas y signos bizantinos. Lugar donde algunas almas trepan en escaleras de treinta peldaños al paraíso y otras tropiezan por sus vicios y pasiones, donde las conductas, a la manera de los libros en los gestos imperativos de los códigos y los decretos gelasianos quedan repartidas en prohibidas y no prohibidas, **recipiendiis y non recipiendiis.**

Son rituales ligados a estimular y promover comportamientos de agresión y seducción, las dos formas en que el deseo se anuda en el poder. Tienen una función claramente dogmática en el mismo sentido del ars juris, de la dogmática jurídica y de las antiguas escuelas medicinales que están a su base: suministrar esquemas de comportamientos rígidos y repetitivos, crear marcos de «praeceptio» (Praeceptum) en lugar de «perceptio» (perceptum) para poner en conexión regularidades de conductas con los fines o meta del arte del poder.

Jeremy Bentham en su *Memoria sobre el Panóptico,* esa obra maestra de arquitectura de la prisión, tuvo la genialidad de convertirla en modelo político de la sociedad, trazando a su alrededor uno de los más impresionantes ejercicios prácticos de razón utilitarista. Pero por impregnados de racionalidad que fuesen su texto y las operaciones constructivas con él vinculadas, Bentham fue muy lúcido en cuanto a la importancia del papel del imaginario social en el control de la disciplina de los hombres. Diversos pasajes de su obra lo ponen aquí y allá de resalto. Luego de proponer dar a los presos una máscara en la capilla para que el delito abstracto esté expuesto a la vergüenza, explica: «Una escena de esta especie sin darle colores demasiado negros, es tal en sí misma, que se imprimiría en la imaginación, sería uti-

lísima para lograr el grande objeto del ejemplo, y la prisión se convertiría en un teatro moral, cuyas representaciones imprimirían el terror del delito».

«Es muy particular que la más horrible de todas las instituciones, presente en este punto un modelo esencial. La inquisición con sus procesiones solemnes, sus vestidos emblemáticos y con sus decoraciones espantosas, había hallado el verdadero secreto de mover la imaginación y de hablar al alma. En una buena organización de leyes penales, la persona más esencial es la que está encargada de combinar el efecto teatral».

Para Bentham, jefe de fila del imperativismo jurídico, no basta con las normas entendidas como mandatos, pues múltiples son las técnicas que convierten al imaginario en el más eficiente resorte de la obediencia, el control y el poder. El cuidado del aseo, por ejemplo, la regularidad de los baños, impedir el uso contrario a la práctica de las cosas más limpias, fijar los días en que se debe mudar la ropa, no son delicadezas necesarias para la salud. Tiene para él efectos normativos como si fueran **commands,** a la manera, diríamos, de las normas secundarias de Kelsen. Hay, señala, una conexión sutil entre delicadeza física y moral «que es obra de la imaginación». Por eso el aseo no es sólo una cuestión de limpieza. Acostumbra, por el lado del imaginario, a la circunspección, es un estimulante contra la pereza, enseña a respetar la decencia, patrimonio del poder, aun en las cosas más pequeñas. La pureza física tiene el mismo lenguaje que la moral. «Éste es el origen de aquellos sistemas de purificaciones y abluciones a que han dado una importancia tan minuciosa los fundadores de las religiones de Oriente, y por cierto que aun los que no creen en la eficacia espiritual de esos ritos sagrados, no negarán su influencia moral. La ablución es un tipo; ¡ojalá que sea una profecía!...».

Esta conexión que Bentham propone entre ablución, religión y efectos normativos en el marco y las metas del poder (el control social y la disciplina) hace que leamos sin sorpresa en el punto 6.º «Del aseo y de la salud» de su *Memoria:* «Ningún preso será puesto en una celda sin que antes sufra una ablución completa y sería conveniente que esa entrada fuera acompañada de alguna ceremonia solemne como algún rezo, una música grave, un aparato capaz de hacer impresión en almas groseras. ¡Cuán débiles son los discursos en comparación de lo que hiere a la imaginación por los sentidos!» [4].

Los estudiosos de los sistemas penitenciarios saben que éstas y otras técnicas de manipulación de la obediencia al poder en función del imaginario estaban presentes en el más antiguo de los modelos de factura protestante, el Rasphuis de Amsterdam abierto en 1596: sistema de interdicciones poblado de exhortaciones, lecturas espirituales, manejos de los tiempos y los silencios para «atraer hacia el bien» y apartar las almas del mal. Un criminal no tenía que ser enfrentado con las bestias, sujeto a las galeras o enterrado en las minas como en otro tiempo. Tenía que ser enfrentado con su alma, en la exacta medida en que la ambición del poder era hacer de las almas un continuum, o prolongación de él. Lo que entra en práctica son técnicas de la pena-representación, de la pena-símbolo destinadas a golpear todos los

4 Jeremy Bentham: El Panóptico. «Memoria» en *Principios de Legislación y de Codificación,* Madrid, imprenta de Tomás Jordan, 1834, editado por Francisco Ferrer y Valas.

sentidos, a despertar afectos dulces y honestos aptos para vehiculizar el discurso de la ley.

Decorados, afiches, marcas, efectos de óptica, bonetes, oraciones, recodifican el código, crean esquemas dogmáticos de repetición; organizan las emociones y los sentidos en la forma más adecuada para el reflejo o espejo de la dogmática jurídica o sintaxis del orden. Por constituir la mejor combinación de las emociones y sensaciones, puede decirse metafóricamente que constituyen también una sintaxis del imaginario en correspondencia con la sintaxis del orden jurídico. El uso, sin embargo, de los términos correspondientes, adecuación, espejo, reflejo, no debe inducir a pensar el vínculo entre uno y otro elemento del dispositivo del poder como una relación de correspondencia en el sentido fuerte de la palabra. En rigor, no hay correspondencia biunívoca, o uno a uno entre las sensaciones, emociones o demás componentes del imaginario social y los componentes del lenguaje de razón de la ley. Para decirlo en términos de la filosofía contemporánea: los componentes del imaginario social ejercen una función más pragmática que representativa. Se integran en formas sociales de vida, son *Lebensform*, actividades en las cuales el juego del lenguaje de los legistas es una parte. Pertenecen más al Wittgenstein de las *Philosophische Untersuchungen* (19, 23, 241) que al del *Tractatus.*

Mientras el discurso del orden combina predominantemente un repertorio de signos de la razón, el imaginario social teje signos alegóricos y anagógicos procedentes tanto de los fantasmas profanos como de la religión. Pero el entretejido global de estos signos con la fuerza y el discurso del orden no conforma una operación irracional, es por el contrario expresión de la más alta racionalidad del dispositivo del poder como condición de reproducción ideológica de la infraestructura económica de una formación social.

En ese dispositivo ideológico la función del imaginario es, en realidad, la de fundir y cincelar la llave de los cuerpos para el acceso de la ley. Su función es semejante a la que un comentarista jesuita, F. Courel, veía en los *Ejercicios espirituales* de I. de Loyola: construir el lugar temible y a la vez deseable de la ley. Constituir con el imaginario que rodea el «yo soy un pecador con cadenas delante de su juez» una fantasmática palanca de cambio hacia el «yo soy un caballero humillado delante de toda una corte y su rey» [5].

Nadie como los cuáqueros supieron maniobrar con más plasticidad y fluidez en la prisión de Walnut Street, abierta en 1790, los elementos del imaginario para los fines del trabajo y la reinserción de los detenidos en la moral y la lógica del poder: la quietud del confinamiento, el manipuleo de los silencios, el reparto de los tiempos, los lugares y los trabajos, la meditación solitaria, toda una máquina de corrección para la puesta del hombre en relación con su contrición, para fortificar en él las relaciones de culpa con su crimen. Para despertar en él, como en un auténtico acto de remordimiento, todo el dolor y el pesar de haber ofendido al poder por ser quien es y porque se le debe amar sobre todas las cosas.

5 Sobre el imaginario en Ignacio de Loyola, véase de Roland Barthes *Sade, Fourier, Loyola,* Paris, Éditions du Seuil, 1971.

No produce sorpresa que en esta coyuntura en que los protestantes tomaban la delantera sobre los católicos en la filantropía, se produjera en 1845 la única reedición de un pequeño opúsculo al parecer olvidado y sin influencias. Había sido escrito por uno de los benedictinos de la congregación de Saint Maur, el abate Jean Mabillon. En este Opúsculo titulado «Reflexiones sobre la prisión de las órdenes religiosas», detrás del llamado a la piedad para el tratamiento de los reclusos del claustro, no es difícil identificar la semejanza de diversos pasajes con los de la pluma de Bentham, de los cuáqueros y Benjamín Rush. «Es por esta razón -dice D. J. Mabillon- que en la elección de las penas que los jueces eclesiásticos deben emplear hacia los pecadores estén obligados a preferir aquellas que son capaces de *imprimir en sus corazones* el espíritu de compunción y de penitencia. De donde resulta que la mayor parte de las penas eclesiásticas sólo consisten en humillaciones y algunas penas aflictivas como el ayuno, la suspensión, la deposición, la excomunión, pero no en penas inflictivas que no son adecuadas más que a los tribunales seculares. La justicia que se practica en los monasterios contra los criminales debe imitar la conducta de la iglesia... todo debe ser aquí paternal puesto que se trata de la justicia de *un padre hacia un hijo* ». El insoportable Vade in pace, especie de prisión destinada a quienes debían allí terminar su vida, obra de Mahieu, prior de San Martín de los Campos según el informe de Pedro el Venerable, debía ser abandonado, critica Mabillon, y sustituido por un sistema donde los prisioneros encerrados **in ergastulis,** conforme al segundo Concilio de Verneuil de 844, fuesen macerados por penitencias adecuadas hasta que diesen señales de arrepentimiento y conversión. Su consejo es que los penitentes: «... quedan durante el oficio divino en la puerta del oratorio, como nos lo enseña el capítulo XLIV en la Regla y al fin de cada hora del oficio fuesen obligados a prosternarse a los pies de sus hermanos a la salida del oratorio...», ya que «Hay otras penitencias más útiles y más humillantes que la prisión. La suspensión del ejercicio de las órdenes, la inhabilitación para recibir órdenes sagradas, y sobre todo el sacerdocio, el último lugar en las asambleas de la comunidad, la privación de voz activa y pasiva, algunos trabajos extraordinarios...» [6].

El imaginario social es una praxis en el mismo sentido que esta categoría tiene en la teoría aristotélica y en la marxista. Lo específico de esta praxis es la creación de lazos entre los códigos y el mundo. En esta praxis se hacen operantes los fantasmas y la subjetividad humana, pero en cuanto praxis pertenece a lo social. La palabra fantasma no alude al producto de una imaginación incontrolable o irracional, tiene el sentido de fantasma en la experiencia freudiana, tal como lo definen, Laplanche y Pontalis: no tanto la facultad de imaginar en el sentido filosófico y kantiano del término **Einbildugskarft,** sino de actividad creadora que anima el mundo imaginario **(das Phantasieren)** y sus contenidos. Estrictamente hablando el fantasma es: «Un escenario imaginario en el que se halla presente el sujeto y que representa... la realización de un deseo y, en último término, de un deseo inconsciente» [6].

6 «Réflexions sur les prisons des ordres religieux» par Dom. J. Mabillon, Paris, Caen, ed. Charles Woinez, 1845.

7 J. Laplanche y J. B. Pontalis. *Diccionario de Psicoanálisis,* Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Ed. Labor, 1971.

En el imaginario social se realiza la conexión y el enlace entre el deseo y el poder. Sin duda la reflexión de Freud y su teoría psicoanalítica es la que más precisiones ha arrojado sobre la vida fantasmática del sujeto y su carácter relativamente organizado. Textos como *La interpretación de los sueños, Formulaciones sobre los dos principios del funcionamiento psíquico,* su célebre *Estudios sobre la histeria* con Breuer, son contribuciones esenciales sobre las diversas modalidades -como por ejemplo la de las **Urszenen** o «escenas originarias»- de examen del concepto psicoanalítico del fantasma en la realidad psíquica.

Pero la conexión fantasmática entre el poder y el deseo no pasó inadvertida para la teoría político-jurídica. En esa teoría del Estado que es el *Leviathan,* Hobbes propone la traducción en términos de necesidad social de este fenómeno psíquico. No lo hace sustituyendo el campo de la subjetividad interior por el de la sociedad. Lo hace más bien señalando la influencia de lo social en lo psíquico y la vía recíproca de realimentación del poder por lo psíquico. Para Hobbes suponer que el hombre puede vivir sin deseos, en el sentido de haber alcanzado un finis ultimus, es suponer que puede vivir aquel cuyos sentidos e imaginaciones se han detenido. Es como el reposo mítico de una mente satisfecha, como el bien-supremo o summum bonum de las obras de los antiguos moralistas. En rigor la felicidad es un continuo progreso del deseo de un objeto a otro, donde la obtención del anterior constituye el camino hacia el siguiente.

El objeto del deseo humano no es para Hobbes, disfrutar sólo una vez y por un instante, sino asegurar el camino de su deseo futuro. El objeto del deseo que privilegia Hobbes es el poder. Entre poder y deseo hay para él un vínculo fundamental dependiente de razones no sólo psíquicas sino de estricta naturaleza social: «De este modo -arguye- coloco en el primer rango a título de *inclinación general de toda la humanidad,* un deseo perpetuo y sin tregua de adquirir poder tras poder, deseo que no cesa más que en la muerte. La causa no es siempre esperar un goce más intenso que el ya obtenido, ni tampoco ser incapaz de contentarse con un poder moderado. En realidad, el hombre no puede asegurarse el poder y los medios del bienestar que actualmente tiene, sin la adquisición de más poder». En el lenguaje que empleamos en este trabajo esto equivaldría a decir que el poder requiere las condiciones sociales de posibilidad que aseguren su reproducción, condiciones que se enlazan con lo psíquico a través del imaginario. Por eso sucede, añade Hobbes, «que los reyes, cuyo poder es el más grande todos dirijan sus afanes a asegurarlo en el interior de sus dominios *con las leyes* y fuera mediante la guerra. Y cuando todo eso se cumple, surge un nuevo deseo...» [8].

Nadie como Albert Camus supo expresar con más penetración y belleza formal esta tendencia insaciable del poder a perpetuarse y trascender sus límites, en una obra que no es un ensayo político sino una pieza de teatro. En la escena XII de *Caligula,* el emperador, desasosegado, fatigado, enfermo en el alma por buscar la libertad mas allá de toda frontera, es aconsejado

8 T. Hobbes, *Leviathan,* Paris, ed. Sirey, 1971 con Int. y notas de François Tricaud, Cap. De la variété de moeurs.

por Cesonia de dormir, de dejarse llevar por el sueño, de despreocuparse pues dispone del poder para amar lo que puede ser amado, y luego de la fatiga habrá de llegar el momento en que la mano vuelva a ser firme. Calígula, le contesta: «... ¿qué me importa una mano firme, de qué me sirve este asombroso poder si no puede cambiar el orden de las cosas, si no puede hacer que el sol se ponga por el este, que el sufrimiento decrezca, y que los que nacen no mueran? No, Cesonia, es indiferente dormir o permanecer despierto si no tengo influencia sobre el orden de este mundo» [9].

Hacer que el cielo no sea cielo, mezclarlo con el mar, confundir belleza con fealdad, hacer brotar la risa del sufrimiento, igualarse a los dioses, ir más allá de los dioses, tomando a cargo un reino donde lo imposible es rey, era para Cesonia el sueño vesánico de un emperador, para Calígula, en cambio, el sueño muy lógico de la libertad, cuando todo esté nivelado, lo imposible por fin en la tierra, la luna en sus manos.

Esta articulación vesánica entre deseo y poder, la conversión del sujeto del poder en Dios para instaurar lo imposible en la tierra, es uno de los caminos que explican por qué el poder posible, el poder político y real consciente de sus limitaciones en la tierra, recurre histórica y habitualmente a un campo de referentes divinos o sus sustitutos seculares, en busca de legitimación y última garantía. Si no soy Dios, debe Dios o su **Ersatz** natural o racional ser la fuente o la referencia de mi poder.

Sabemos ahora que este campo es el del imaginario social. Se trata de un campo generalmente descuidado por la teoría política y jurídica, de tendencia tanto iusnaturalista como positivista, más preocupadas por construir los montajes referenciales en sus respectivas regiones de lo divino y lo natural o de la justificación racional, que en desmontarlos o producir una reflexión crítica sobre sus modos de funcionar.

Mucho es posible aprender sobre este funcionamiento en textos no estrictamente jurídicos, producidos por religiosos y no religiosos, como entre otros los de Dante, Nicolás de Cusa, Juan de Salisbury, G. de Ockam, Agustín de Hipona, Tomás de Aquino, Ignacio de Loyola, y más recientemente el cardenal Henri de Lubac [10]. Y ello, porque el imaginario social es, en última instancia, la aureola sagrada y profana de la ley: el lugar de sus últimas referencias.

Tal lugar, cabe repetir, no es otro que el de las ideologías teóricas y prácticas que tienden a motivar, movilizar e impulsar las creencias en favor del poder. Es exacto que en determinadas circunstancias históricas de contestación, de impugnación social y revolución contra el poder estas ideologías suelen perder su eficacia material o disminuir su valor conceptual y ser reemplazadas por lo que Luis Althusser llamó en la década del sesenta «Aparatos represivos del Estado» o sea aquellos con predominante recurso a la violencia, entre los que nombra a la policía, las cárceles, los tribunales, el ejército. Pero en épocas de sociedad paradigmática o normal, para expresarlo en lenguaje del acervo kuhniano, estas ideologías actúan, a pesar de su carácter fantasmático en el doble significado de fantasma y fantasía, con ope-

[9] Albert Camus, *Calígula*, Buenos Aires, ed. Losada, 1982, acto, I, p. 67.

[10] Henri de Lubac, *Corpus Mysticum*, París, 1949, 2ª. ed.

ratividad natural, espontánea y no encrespada o compulsiva. Con ella, y a través de ellas, el poder se hace armónico, casi diríamos trivialmente armónico, en el sentido de homogéneo y cohesivo a la sociedad.

Las formas del imaginario social decoran el poder en el sentido de que lo embellecen y cubren de ornamentos, y en el sentido del decoro, de fijar el régimen de respeto y reverencia, de gravedad, y dignidad que reclama el poder, sea que esto proceda de recompensar una vida con una estatua, honrar una frente con hojas de laurel, satisfacer con una insignia el escudo de un linaje. Como en las novelas de Tolstoi, para llegar a ser 'comme il faut', los caballeros estaban condicionados a ocultar las molestias que ocasionaba el conseguirlo, también el imaginario crea un régimen de buenas maneras y educación que permite al poder ocultar las molestias (las violencias) ocasionadas en conseguirlo.

Hemos explicado hasta aquí, luego de dar distintos ejemplos de formas del imaginario social, las razones internas o endógenas al dispositivo del poder, que hacen que esas diversas formas se ensamblen y tengan un distinto régimen de junturas con el discurso del orden según los cambios históricos. Por ejemplo, el derecho germánico estaba vinculado en la Edad Media a una serie de símbolos, algunos de los cuales subsisten hoy en tanto otros han desaparecido, y que se modificaban con el régimen del poder. Así, **das Banner** (el estandarte) se diferenciaba de **die Fahne** (la bandera), incorporándose el primer nombre en el siglo XIV bajo Karl IV, procedente de la palabra francesa **Bannière,** pero su uso era más antiguo, correspondiendo **die Fahne** a los círculos francos. Originariamente sólo el soberano tenía el derecho a levantar el estandarte **(das Banner)** y con ello invitar a sus secuaces a la guerra. Un estandarte rojo era el símbolo de la jurisdicción judicial, de la **Gerichts-und Hinrichtungstätte.** Con el advenimiento del sistema feudal, y el cambio de régimen del poder, el derecho a erigir el estandarte fue transmitido por el Rey a los vasallos de más alto rango, mientras que los vasallos más bajos sólo podían portar banderas **(Fahne).** Una larga lista compone la **Rechtsymbolik** de los germanos como la sangre, en la cofradía o hermandad de sangre; el hilo rojo protección de los tribunales de justicia; el fuego, símbolo de la pureza acreditada en los distintos modos del juicio de Dios; la entrega de un ramo verde **(Grüner Zweig)** como símbolo de traspaso de la propiedad de un gran dominio; **Gürtel** o cintas como símbolo de fuerza y dominio. El crecimiento del pelo un tiempo después de la muerte captado como símbolo de fuerzas mágicas. El pelo largo y la barba como signo de la valentía, la libertad y la nobleza de los señores. El tallo **(Halm)** como símbolo del traspaso en donación de la gran propiedad. El agua como símbolo de la pureza a acreditar en la prueba del agua del juicio de Dios **(Gottesurteil),** y la elección de un sitio cercano al agua santa para erección de los tribunales **(Gerichtstätte).**

Todos estos símbolos, y otros como los colores rosa y lila, las pieles, los guantes, la cruz, el velo **(Schleier),** la espada **(Schwert),** la jabalina **(Speer),** el bastón **(Stab),** los estribos **(Steigbügelhaften),** el manojo de pajas **(Strohwisch),** la silla **(Stühl) y** el cetro **(Zepter),** relacionados con el dominio, el régimen de propiedad, la prueba procesal, la condición de clase, derecho del poder a la jurisdicción, etc., experimentaron modificaciones con las rota-

ciones en el poder y sobre todo en contacto con el cristiano ingresaron en las costumbres de éste o, luego de la cristianización cayeron en el olvido [11].

Dijimos que las razones internas al dispositivo del poder que determinan el régimen de acople de éstas y otras prácticas con el discurso del orden, se vincula con la circunstancia de que la tópica del imaginario social, su rol y función difiere respecto del carácter predominantemente racional de ese discurso. Pero existen también razones de orden endógeno, externas, por así expresarlo, al dispositivo del poder, dado que sus elementos son instancias superestructurales en el conjunto de la sociedad.

Las grandes transformaciones económicas, los cambios en los sistemas de producción y, consecuentemente, en el régimen de propiedad, determinan una reestructura y reajuste del dispositivo del poder.

Esta reestructura y reajuste es exógena al dispositivo, pero esto no hay que entenderlo como que los cambios procedentes de la base económica tanto en estos períodos de crisis o revolución como en los más estables en que la sociedad no ha perdido su identidad histórica, constituyan algo así como una duplicación de los cambios interiores a ese dispositivo. Constituyen, empero, el eje básico de la combinación de lo que antes llamamos sintaxis del orden y sintaxis del imaginario. Aquí endógeno y exógeno no apuntan a dos regiones independientes de la sociedad que haya luego que acoplar. Aluden, más bien, a distintos niveles de análisis. El endógeno se mueve en el plano de las diferencias de función de los elementos del dispositivo del poder, de su heterogeneidad, de su distinta tópica, para ver, por ejemplo, lo imposible de considerar al derecho como pura fuerza o pura ideología, haciendo de él la gran noche en que «todos los gatos son pardos» como gustaba a Hegel decir del absoluto de Schelling. O, por el contrario, atrincherarlo en su historia interna, vaciarlo de su contenido de discurso del orden, evacuar sus modos de alinearse con los otros tipos de discurso y el régimen imaginario de su activación.

El exógeno es, en cambio, nivel de análisis de la relación del dispositivo del poder con la estructura económica. En este nivel, el dispositivo del poder y cada una de sus instancias no son independientes del modo en que una sociedad produce sus formas de vida. Aunque dada la irreductibilidad del dispositivo y su autonomía relativa -coordenadas de sistematización del arsenal teórico de Althusser y Poulantzas- se hace significativa una de las propiedades del dispositivo en relación a una base que no se auto-estructura: fijar las condiciones de realimentación y reproducción de las formas económicas de vida producidas.

Así como el imaginario social es condición de reproducción del discurso del orden en el dispositivo del poder, el dispositivo del poder, enfocado en su modelo político-jurídico, es condición de reproducción de las formas de producción.

[11] Justiz in alter Zeit, Band VI, by Mittelalterliches Krimminalmuseum, Rothenburg, Drukerei Schulist, Heilsbroom, 1948, cap. *Rechtssymbolik*, p. 467.

2

-*HOBBES Y KELSEN: los referentes profanos del poder*

Ahora bien, teniendo en cuenta la especificidad de las instancias del discurso del orden y la pluralidad de modalidades en que este discurso es reactivado por el imaginario social, es posible practicar análisis concretos, en circunstancias históricas concretas, de las formas conceptuales o materiales de inserción del imaginario social en el discurso jurídico y político.

Una de estas formas ya fue enunciada: el montaje de los referentes profanos y sagrados de legitimación del derecho y de la teoría del Estado. Con el pacto social, con las convenciones por las cuales se atribuye el poder absoluto al soberano en las repúblicas de dominio o de institución, Hobbes ofreció en el Leviathan un ejemplo recurrente, aunque matizado, en la teoría del poder. Esta justificación final obedece a un determinado procedimiento técnico: dar a una ficción, del tipo y naturaleza de las que siglos más tarde tratará y sistematizará Hans Vaihinger en *Die Philosophie des 'als ob'*, el carácter de una ficción fundadora. Si no existen evidencias históricas del pacto social, para entender la sociedad, en el caso para comprender el poder absoluto, debo proceder «como si» se hubiera suscripto un pacto en que los hombres ceden al soberano la libertad de que disfrutan en el estado de naturaleza para recibir en contraprestación la paz y la seguridad, o sea por cálculos de la razón. La ficción es un procedimiento racional en un doble aspecto: el «como-si» tiene una función de conocimiento. En el contexto de Vaihinger es una ficción cognoscitiva, pertenece al dominio del **Erkenntnislehre** puesto en juego para comprender el poder por cuenta de otra escena: la ausente realidad histórica que lo instaura. En función de este carácter racional pertenece al tejido mismo de un discurso racional, el del orden. Pero es racional también dado el sentido y utilidad de su mecanismo: por la ficción, la convención o el pacto, engendran las condiciones de su propia realidad. El principio del «como si» instaura el contenido de la convención misma que hace operantes y validas las leyes y disposiciones del poder.

No obstante, al funcionar la ficción como ficción fundadora, el principio cognoscitivo es, al mismo tiempo, principio de justificación. No se le pueden aplicar los criterios de verdad o falsedad, sino los de validez, o más bien de justicia en el sentido de justeza, de adecuación y conformidad de los mecanismos de la ficción con los intereses legitimantes del poder. La ficción es así puramente ideológica. El enunciado que la transporta constituye el síntoma de una realidad distinta de aquélla que él enfoca. La realidad histórica es la del acto de poder que instaura el poder absoluto; la realidad que enfoca el enunciado es la convención. La circunstancia adicional de que con el pacto el poder se presente para provecho de todos siendo que su instauración histórica lo es en provecho del poder absoluto, reduplica el carácter ideológico del enunciado que transporta la ficción. Este enunciado es, pues, ideológico en el sentido de que la ficción obra por cuenta de otra escena, e ideológico en el sentido de que la legitimación presenta como universales los intereses propios de los beneficiarios del poder. Que este doble carácter ideológico sea una constante del discurso del orden que acompaña a la sucesión

del poder en el tiempo, es el fenómeno para el que suministran sus claves, las reflexiones de la teoría de la historia.

El equivalente del pacto social del pensamiento político de Hobbes en el seno de la teoría del derecho es otro referente racional y secular: la **Grundnorm** de Hans Kelsen. Esta norma es también una ficción destinada a dar en este otro marco, el último fundamento de validez del orden jurídico. En cuanto 'norma', en cuanto significado de un acto de voluntad dirigido a la conducta de otros, no existe en la realidad del derecho positivo, pero debemos actuar 'como si' existiera para comprender desde el punto de vista científico el derecho por un lado y, por otro, para justificarlo asignando a la ficción el contenido significativo de validez originaria de todo el sistema normativo.

En 1965 Kelsen redactó un ensayo «On the concept or norm» considerándolo capítulo primero de una obra más extensa, *La teoría general de las normas,* que por entonces, cercano a los 85 años, tenía la esperanza de concluir y que resultó a la postre su libro póstumo [12].

En este trabajo, Kelsen sostuvo con *carácter general* la posibilidad de normas ficticias. Considerando la distinción entre un acto y el significado de un acto, puesta ya de relieve por H. Rickert en Logos I (1910) -que Kelsen acepta para su teoría con ciertas reservas- y encarando a partir de esta distinción la crítica del derecho natural procedente de la razón, sostiene que siendo ésta una capacidad cognoscitiva las normas del derecho de razón representan el significado de actos de pensamiento. No son normas queridas **(willed norms)** sino normas pensadas. Ahora bien, añade, hay por cierto normas meramente pensadas, en contraste con normas puestas por actos reales de voluntad. Su tipo es muy especial: se trata de normas meramente pensadas que no constituyen el significado de actos de pensamiento, sino de actos de voluntad sin lugar en la realidad, pero pensadas e imaginadas tal como se puede pensar o imaginar cualquier cosa posible carente de existencia real. Sólo puedo pensar de tal norma como el significado de un acto de voluntad que la acompaña. Aclarando acto seguido el sentido vaihingeriano de esa norma «I can think of a norm 'as if' it were posited by an authorit y, although it has not actually been posite, and ther is actually no act of will whose meaning it is» (Puedo pensar de una norma *'como si' fuere* puesta por una autoridad, aunque no haya sido realmente puesta y no haya realmente acto de voluntad cuyo significado es la norma).

De este modo Kelsen recurre al mecanismo de las ficciones del 'como si' y lo hace, en el contexto de este artículo, con carácter general con el fin de preservar un principio fundamental del positivismo: no existe un «usted debe» sin un «yo quiero», no hay imperativos sin «imperator». Aun si «... the authoritative act of will wich has the merely thought norm as its meaning is a *ficticious one»* (aun si «... el acto autoritativo de voluntad que tiene la norma meramente pensada como su significado es *ficticio»).*

Este recurso de Kelsen a normas ficticias del 'como si' puede quizá sorprender a un lector de medio siglo antes, al lector del Kelsen que en 1911

[12] Hans Kelsen, «On the concept of norm» en *Essays in legal and moral philosophy,* Holland, Reidel Publishing Co., Chap. IX, int. O. Weinbeger.

ya en el prefacio de *Hauptprobleme der Staatlehre* -la obra que preanuncia buena parte del tejido de su influyente Teoría pura del derecho- expresara como timbre de honor de un pensamiento científico el llevar a cabo la más dura batalla contra las ficciones: «La combinación de puntos de vista mutuamente excluyentes conduce necesariamente a *la ficción*, a la afirmación de una realidad en contradicción consciente con el estado de cosas. Y nada es más característico para el estado actual de la ciencia jurídica, que el que su teoría esté entremezclada de ficciones. Una de las metas de mi libro es la lucha contra la ficción, esa reprochable mentira inocente de la ciencia» («... Der Kampf gegen die Fiktion, diese verwerfliche Notlüge der Wissenschaft, is eines der Ziele meiner Arbeit») [13].

Sin embargo, en ese medio siglo que corre entre los *Hauptlehre* y «El concepto de norma», Kelsen matizó mucho su posición originaria sobre las ficciones jurídicas. En este aspecto su biografía intelectual guarda mucha semejanza con la de Jeremy Bentham que también experimentará notorios cambios en su aprehensión del problema de las ficciones en el derecho [9]. En primer lugar, Kelsen no fue indiferente a la intensa polémica desatada por la filosofía del 'como si' en los años veinte que comprometió particularmente a extendidos medios intelectuales y académicos de lengua germana. Lo más rico de esta polémica obtuvo recepción en los famosos *Annalen der Philosophie und philosophischen Kritik* dirigidos por Joseph Petzoldt, Raymund Schmidt y el mismo Hans Vaihinger. Vaihinger, el jefe de fila de la teoría, se vio favorecido en el campo del derecho por una activa escuela de adherentes como R. Mallachow, C. Schmitt, P. Krückmann, W. Hofacker, W. Strauch, y otros. Como contribución a esta polémica, Kelsen produjo un artículo muy rico «Acerca de la teoría de las ficciones jurídicas con especial consideración de la filosofía de Vaihinger del 'como si'», en el que recoge el concepto de ficción respecto de la teoría del conocimiento aplicándolo en particular a la teoría jurídica y no aceptando, en cambio, que las ficciones legales legislativas y judiciales constituyan una verdadera ficción en el sentido de Vaihinguer, porque su propósito no está dirigido a la verdad; en rigor no son verdaderos medios de conocimiento» **(Erkenntnismittel)** [14].

Sin discutir las tesis aquí desenvueltas, lo que demuestra la contribución de Kelsen junto con la coyuntura teórica y el ambiente de ideas efervescentes en que se produce, es su familiaridad con la cuestión del 'como si'. Y esto es significativo, pues es esa familiaridad lo que le va a permitir en 1962, o sea tres años antes de «On the concept of norm», singularizar y concretar lo que hace en este texto con carácter general, introduciendo la ficción en la médula misma de todo su sistema teórico del derecho: la noción de norma fundamental.

En una discusión referida en *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, reconoce su error al haber considerado durante largo período a la Nor-

[13] Hauptprobleme der Staatlehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen, 1911, p. VIII.

[14] La obra de Han Vaihinger es *Die Philosophie des 'Als Ob'*, cuenta con una introducción sobre Kant y Nietsche. Fue editada por Felix Meiner, Verlag, Leipzig, 1920. Vaihinger fue el fundador de Der Kant-Gesellschaft y de los conocidos Kant-Studien.

ma Básica como una «hipótesis» y en 1964 da forma a su nuevo concepto, en su ensayo «Die Funktion der Verfassung» (Forum, Viena, p. 583-6) [15].

Kelsen se topa con el problema de que a una norma presupuesta en el pensamiento jurídico, y no puesta a través de un acto real de voluntad, se le puede objetar que *una norma* sólo puede ser el significado de un acto de voluntad **(Willensakt)** y no un acto de pensamiento **(Denkakt),** puesto que hay una importante correlación entre el **Sollen** (deber) y el **Wollen** (querer). La única manera de precaverse, dice, de esta válida objeción es confesando (zugeben) que junto con la norma básica pensada se debe suponer una autoridad imaginaria cuyo acto fingido de voluntad tiene tal norma básica como su significado. Ahora bien, arguye Kelsen, con esta ficción, el aceptar la norma básica de este tipo engendra una contradicción con el reconocimiento de que la constitución (histórica), cuya validez está fundada en aquella norma, es el significado de un acto de voluntad de una autoridad suprema sobre la cual no puede ser admitida ninguna otra. «Así, agrega, la Norma Básica constituye una genuina ficción en el sentido de la filosofía vaihingeriana del 'como si'. Una ficción en este sentido está caracterizada no sólo por contradecir la realidad, sino por ser auto-contradictoria».

De este modo, la **Grundnorm** se erige en los términos técnicos del lenguaje de Vaihinger en una ficción real o completa a diferencia de las semificciones que contradicen la realidad, pero no se contradicen a sí mismas.

La norma básica que diga, por ejemplo, «El orden jurídico debe comportarse como lo determina la constitución histórica» contradice no sólo la realidad, en la que no existe tal norma como el significado de un acto de voluntad, sino también es auto-contradictoria pues presenta el poder (die **Ermächtigung)** de una suprema autoridad y, con ello, una autoridad emanada de otra que está por arriba, aun cuando esta autoridad consecutiva fuese meramente imaginada...» «Con esto -concluye- es de observar que la Grundnorm en el sentido de la filosofía del 'como si' de Vaihinger no es ninguna hipótesis -como yo mismo lo he caracterizado a veces- sino una ficción, la que se diferencia de una hipótesis en que es acompañada o debe serlo de la conciencia de que ninguna realidad le corresponde».

Esta rectificación de Kelsen, esta distinción, entre hipótesis (como hipótesis trascendental kantiana) y ficción, el abandono de la primera por Kelsen, y su reiteración del concepto de ficción de la Norma Básica en su *Allgemeine Theorie der Normen* (p. 206-7), es importante. No tanto en el sentido de que constituye un verdadedo «swan song», un canto de cisne de la teoría como lo dice su comentarista Ian Stewart preocupado por defender la tradi-

15 La discusión fue referida en las págs. 119-120 de dicho texto Das Naturrecht in der politischen Theorie ed. por Franz-Martin Schmölz, y extractada por Karl Olivecrona en *Law as Fact,* 1971, 2a. ed. p. 114, según hace constar Ian Stewart, traductor e introductor del artículo posterior de Kelsen al inglés «The basic Norm & Fiction» en The Juridical Review. *The Law Journal of Scottish Universities,* Edimburgh, W. Green and son. El texto alemán «Die Funktion der Verfassung» está en la pag. 1961 de *Die Wiener Rechtstheoretische Schule,* Schriften von Kelsen, Merkl y Verdross. UV. Anton Puset, Europe Verlag Wien, 1968.

cional imagen del Kelsen neo-kantiano [16]. Al fin y al cabo, también Vaihinger admite la fuerte influencia de Kant sobre su pensamiento, junto con la de Schopenauer, Lange, el positivismo y el empirismo de John S. Mill, en el prefacio de la segunda edición de su obra más significativa [17].

Lo es, en cambio, en mi opinión, porque la transformación de la Norma Básica de hipotesis del conocimiento jurídico en ficción que implanta un acto de voluntad suprema fingido, hace depender todo el edificio del discurso del orden (Kelsen no señala diferencias, respecto de la Norma Básica, entre el derecho y la moral) de una función fundadora, de un mito originario.

Y esto da mucha mayor transparencia a su pensamiento anterior. Torna más desnudo, por así decirlo, que en la parte más racional del discurso del orden, viene a insertarse y articularse, directamente en el tejido del mismo, el imaginario social. La ciencia jurídica es instrumento de conocimiento y justificación (legitimación del poder) al mismo tiempo, y aunque esto haya estado ya presente en el pensamiento kelseniano anterior, no lo estaba el ingreso del imaginario social, el entrecruce de la racionalidad del discurso del orden con la tópica de las ideologías teóricas y prácticas que constituyen la condición de su reproducción. El punto de engarce, en este caso, la modalidad de la combinación es una ficción, el montaje de un mecanismo de un último referente secular semejante en su función a los referentes divinos.

Los juristas saben que tendencias distintas a la línea kelseniana han propuesto otros procedimientos de referencia, y últimos fundamentos, en sus procesos de justificación racional de la ley, aun cuando la **Grundnorm** haya sido la de mayor fuerza y persistencia en nuestra centuria. Saben también que en el campo de las referencias divinas la religión ha sido la fuente de mayor inspiración para los juristas, y que éstos, tomando en cuenta sus modelos y distintas figuras del imaginario social promovidas por la religión, legitimaron o desautorizaron a determinadas fuerzas políticas en el juego histórico de sus relaciones, convirtiendo al discurso del orden en poderoso instrumento en la lucha por el poder. En abundantes trabajos, como «Dios y el Estado», «El alma y el derecho», «las relaciones entre el Estado y el Derecho a la luz de la crítica del conocimiento», «El concepto de Estado y el psicoanálisis», «Los fundamentos filosóficos del derecho natural y el positivismo jurídico», «El concepto de Estado y la psicología social con especial referencia a la teoría de las masas según Freud», pasando por la *Teoría Pura del Derecho* hasta *Teoría General de las Normas*, Kelsen fue uno de los pensadores del derecho que trató con mayor continuidad y penetración el parelelismo entre el pensamiento social y el religioso y la recurrente referencia a Dios del pensamiento jurídico [18].

16 *Allgemeine Theorie der Normen*, de Hans Kelsen fue dada a luz por encargo del Hans-Kelsen-Institus según el Nachlass editado por Kurt Ringhofer y Robert Walter. Wien, 1979, Manzsche Verlag. El artículo de Ian Stewart es el citado en nota 15.

17 Op. de Vaihinger, nota 14. Vaihinger reconoce esta deuda intelectual en la int. de su libro.

18 «El alma y el derecho» consta en *Droit, Morale, Moeurs*, II Annuaire de l'Institut internationale de philosophie du droit et de la sociologie juridique. Paris, 1936. El resto de los arts. citados, salvo «El concepto de Estado y la psicología social con especial

Ala luz de estos, y otros trabajos, los juristas pueden verse estimulados a investigar casos históricos concretos, portadores de modalidades especiales de funcionamiento del imaginario social en relación con el discurso del orden, dentro del dispositivo del poder. Aunque quizá no dejen de calibrar como un dato peculiar de la biografía del teórico del derecho de más vasto peso en el siglo, que quien dedicara toda una vida intelectual a desmontar las referencias divinas de fundamentación imaginaria del poder, haya sido el arquitecto profano del más solido artefacto de conexión entre discurso de razón e imaginario social: la **Grundnorm.**

referencia a la teoría de las masas según Freud» pub. por Rev. Imago, 1922, costan en Die Wener Rechtstheoretische Schule, op. cit. nota 15.

Sobre las referencias divinas en Kelsen véase el excelente y documentado artículo de François Ost y Michel var de Kerchove, «La référence à Dieu dans la théorie pure du droit de Hans Kelsen», Ed. Facultés Universitaires de Bruxelles, Belgique.

LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR: GENEALOGÍA DE UNA FICCIÓN HERMENÉUTICA

Las incertidumbres y las opacidades que se derivan de la *textura abierta* del derecho no pueden ser reducidas a partir de las reglas del uso ordinario del lenguaje, ni tampoco a partir de la explicitación de una *gramática* del lenguaje jurídico [1]. Pero aunque parezca cierta la existencia de un margen de ambigüedad o imprecisión irreductible, los juristas no han renunciado nunca al postulado de la existencia de un único resultado correcto, esto es, a un ideal de certeza. Sólo desde fechas relativamente recientes se reconoce una cierta holgura hermenéutica y se prevé la necesidad de recurrir a reglas y criterios adicionales para reducir los márgenes de discrecionalidad resultantes. Hoy en día, incluso, esta economía de la imprecisión, o mejor, los márgenes de flexibilidad dogmática que genera esta holgura hermenéutica tienden a verse como algo positivo y las reglas y criterios desde los que se administra la imprecisión se conciben en buena medida como algo ajeno a la ley (construcciones dogmáticas, criterios axiológicos, valores superiores, argumentación racional, formas de vida, etc.). Pero lo característico de la concepción tradicional que domina la ciencia jurídica hasta comienzos de siglo y que todavía hoy conserva una cierta lozanía en la dogmática jurídica era precisamente el desconocimiento, o mejor, el enmascaramiento de la existencia de ese margen de flexibilidad dogmática, con lo cual la justificación hermenéutica quedaba envuelta en un halo de misterios y ficciones.

La concepción tradicional identifica la labor hermenéutica como una tarea tendente a descubrir el significado de la ley. Con mayor precisión, la actividad hermenéutica estaría encaminada a descubrir un *sentido objetivo* depositado en la letra de la ley. Este significado, que acompañaría espiritualmente al texto, consistiría en un *contenido* intelectual que traduce la voluntad del legislador o el pensamiento racional de la ley. Con la consolidación científica de la dogmática jurídica, esta concepción se ha fragmentado. Así, junto a la concepción de ese sentido objetivo como la voluntad del soberano que caracteriza las teorías del positivismo imperativista, comienza a hablarse, o mejor, se recupera una terminología que identifica ese sentido

1 Cfr. Herbert L. A. HART, «Separación entre derecho y moral», en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis,* trd. G. R. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 25 ss.: ID., *The Concept of Law,* Oxford, Clarendon Press, 1972, pp, 121 ss.; Genaro R. CARRIÓ. *Notas sobre derecho y lenguaje,* Buenos Aires, Abeledo-Perot, 1973, pp. 44 ss. La noción de «textura abierta» es aún más radical que la de «vaguedad»,‘cfr. Friedrich WAISSMANN, «Verificabilidad», en *La teoría del significado,* G. H. Parkinson (Ed.), trd. Paloma Villegas, México; FCE, 1976, p. 62: «la textura abierta es algo así como la *posibilidad de vaguedad.* La vaguedad puede ser remediada con reglas más precisas, pero la textura abierta no puede serlo».

objetivo con el pensamiento de la ley [2]. De todas formas, en ambos casos, el sentido objetivo de la ley se identifica con una instancia mental, algo que ha sido concebido o pensado y que se transmite a través de las palabras. Con el fin de simplificar la terminología que voy a usar, denominaré «semántica de la voluntad» a las hipótesis filosófico-lingüísticas sobre las que se apoya esta concepción y hablaré de «voluntad del legislador» en un sentido amplio para comprender las versiones que identifican esa instancia racional profunda con el pensamiento de la ley o la *ratio scripta.*

Según esta concepción, a la que podemos seguir denominando tradicional, el experto o intérprete autorizado administra las posibles imprecisiones del texto legal mediante recursos hermenéuticos y argumentos que se apoyan en la presuposición de que el significado de la ley es siempre racional y perfecto. La unidad del derecho que presupone la semántica de la voluntad determina la racionalidad del contenido profundo de la ley. Las posibles contradicciones serían sólo aparentes, no reales. El postulado de la voluntad del legislador permite al intérprete superar las imprecisiones, los silencios e, incluso, las contradicciones entre lo que expresa el tenor literal de la ley y lo que el intérprete piensa que debería haber sido querido por un legislador racional corriendo e integrando sistemáticamente la ley. Si se presume que el significado profundo de la ley es racional, cualquier especificación de ese significado que se aparte de los cánones de racionalidad del orden dogmático de la ley debe ser rechazada como un error y procederse a restaurar la racionalidad del significado de la ley corrigiendo, incluso, su tenor literal. Si bien las referencias próximas de esta concepción pueden encontrarse incluso en la ciencia jurídica actual [3], las raíces y, hasta cierto punto, las razones de la misma han de buscarse mucho más lejos. Sólo indagando en los estadios iniciales del desenvolvimiento de esta idea descubriremos plena y nítidamente su *valor,* esto es, hallaremos el valor de la misma ligado a construcciones teóricas no sofisticadas, construcciones que aún no se han

2 Esta distinción es importante en tanto en cuanto desde el siglo XIX va a enfrentar en la ciencia jurídica dos teorías de la interpretación. La primera de esas dos corrientes sostiene que el intérprete ha de buscar la voluntad de hecho del legislador histórico; mientras que la segunda, la llamada teoría objetiva de la interpretación, busca el significado racional inmamente de la ley con independencia de la intención del legislador histórico. Cfr., al respecto, Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho,* 2.ª ed., trd. M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980, pp. 53 ss. y 312 ss.

3 Sobre la prevalencia del significado profundo sobre el significado literal en la dogmática actual, pueden verse, por ejemplo, José PUIG BRUTAU, *Introducción al Derecho civil,* Barcelona, Bosch, 1981, pp. 307 ss.; Carlos de la VEGA BENAYAS, *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código civil,* Madrid, Civitas, 1979, p. 122 ss. La hipótesis voluntaristas, ya como concepción subjetiva o como concepción objetiva, mantiene su presencia aún en la doctrina, cfr. José CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral,* tomo I, vol. I, 1 l.ª ed., rev. J. L. de los Mozos, Madrid, Reus, 1975, p. 523 ss.; Luis DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho,* Barcelona, Ariel, 1973, pp. 243 ss.; Jose LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil,* tomo I, vol. I, Barcelona, Bosch, 1982, pp. 240 ss. De algún modo, también pueden considerarse como variantes de la semántica voluntarista todas las teorías actuales que partes del postulado de la *racionalidad del legislador.* Sobre estas teorías puede verse mi trabajo «Metodología e interpretación: el postulado de la racionalidad del Legislador», que aparecerá en el número 3 del *Anuario de Filosofía del Derecho* (1986).

impregnado de la necesaria ambigüedad que el paso de los tiempos deposita en las mismas como canon para su supervivencia. Por eso, en este trabajo, me propongo revisar la *genealogía* de esta ficción hermenéutica desde sus orígenes filosófico-lingüísticos y teológicos hasta Bentham. Saltando sobre las transformaciones y la fragmentación actual de la concepción tradicional, se estudiará el *valor* de la «semántica de la voluntad» en sus orígenes y en el desarrollo de la misma. En el primer apartado, esta revisión hará especial hincapié en las explicaciones dogmáticas de Agustín de Hipona. De hecho, entiendo que a los juristas medievales y humanistas el esfuerzo ideológico para justificar la pureza de las interpretaciones y la literatura exegética del *Corpus Iuris* les viene dado desde fuera. Concretamente, desde el nuevo talante hermenéutico que inaugurara Agustín de Hipona para conciliar las exigencias dogmáticas de fidelidad al Texto con la superación canónica de las dificultades que suscita su propuesta de retorno a la escritura. En un segundo apartado, repasaré brevemente las inflexiones racionalistas del mito hermenéutico de la voluntad del legislador para detenerme, por último, en el tercer apartado, en la síntesis moderna de Bentham. Un autor de transición en el que culminan las concepciones nacionalistas y la voluntad del legislador se identifica definitivamente con un contenido semántico que consistiría en ideas abstractas, auténtico fundamento de una ideología hermenéutica que se caracteriza por su fe en la deducción.

I

En la metodología de la concepción tradicional, la «semántica de la voluntad» se configura como el dato fundamental para la justificación de las decisiones hermenéuticas. A partir de esta ideología semántica, se hace transcender la objetividad de la interpretación ligándola a un significado profundo cuya autoridad sería incontestable. Al identificarse el sentido objetivo depositado en la letra de la ley como la voluntad del legislador o una instancia racional profunda, la interpretación autorizada o correcta expresaría sin opacidad ni distorsión alguna el pensamiento o la voluntad incorporada como instancia espiritual al texto, a la letra de la ley. En el fondo de este postulado, late una concepción semántica que identifica el significado de las palabras con la expresión de un pensamiento. El punto de referencia último de esta forma de concebir el significado de las palabras puede rastrearse hasta la ordenación aristotélica de los signos a la expresión de un pensamiento [4]; pero de cara a comprender y valorar su transcendencia en las jurisprudencia medieval y moderna es necesario contrastar su desenvolvimiento con la renovación del canon hermenéutico teológico que lleva a cabo Agustín de Hipona.

Para Agustín de Hipona, todo signo está siempre en lugar de algo y eso que denota el signo es precisamente su significado [5]. Partiendo de esta de-

[4] ARISTÓTELES, *De la interpretación,* en *Obras,* trd. P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1977, p. 256 (16.a).

[5] AGUSTÍN DE HIPONA, *De Doctrina Christiana,* en *Obras,* vol. XV, ed. B. Martín, Madrid, BAC, 1969, I. 2.2.; II. 1. 1.

finición, observa que los signos convencionales sirven para manifestar externamente los «movimientos del alma». Tales signos y, particularmente, las palabras tendrían un uso comunicativo propio: «sacar y trasladar al ánimo de otro lo que tenía en el suyo aquél que dio tal señal» [6].

Sobre la base del reconocimiento, aparentemente neutro, de considerar que el significado es aquello en lugar de lo que está el signo, aquello que denota el signo o aquello que hace venir al pensamiento el signo, Agustín de Hipona sienta las bases para la conformación de un nuevo talante hermenéutico. La importancia de la inflexión hermenéutica agustiana no sólo ha despertado la atención de los teólogos. Gadamer, por ejemplo, destaca el carácter de reflexión de segundo orden que conlleva el giro de Agustín de Hipona al intentar superar las dificultades del método alegórico de la teología romana para solventar las ambigüedades y las contradicciones del Texto sagrado [7]. En realidad, opino que la importancia del giro agustiniano no ha de buscarse sólo en su intento de reconducir por los caminos de la verdad dogmática la reexposición del Texto. Al respecto, hay que destacar el dato, importante en su construcción y en la de cualquier orden dogmático, de la posibilidad de conciliar la certeza absoluta con la existencia de unos ciertos márgenes de libertad dogmática en la justificación hermenéutica. Dado que el significado liga la palabra sagrada a la voluntad de Dios, quien está llamado el Texto sagrado no ha de encontrar en él «más que el pensamiento y la voluntad de los que lo escribieron», para de este modo llegar a conocer la voluntad de Dios según la cual hablaron aquellos hombres [8]. De esta manera, la actividad hermenéutica se justifica hacia adentro, dando lugar a dos consecuencias importantes. En primer lugar, aunque articulada superficialmente, la justificación se vuelve profunda por mor de la conexión significado-pensamiento. Con ello, no se trataría sino de inscribir la re-exposición hermenéutica directamente, sin opacidades ni interferencia alguna, en la autoridad del «editor». En segundo lugar, se cierra el círculo que hace de la voluntad divina el centro omnipresente desde el que se organizan y administran las soluciones terrenales.

El talento hermenéutico que hemos reseñado, encuentra una específica caja de resonancia en la jurisprudencia medieval y humanista [9]. En el ámbito de la ley, el pensamiento, la racionalidad profunda de la ley, dispone la objetividad y las soluciones en torno a un centro adimensional, profundo, la razón jurídica, desde el que se organizan la letra de la ley y la actividad hermenéutica de *los iustitiae sacerdotes,* esto es, unas determinadas re-

6 *Ibídem,* II .2. 3. Cfr., con anterioridad, AGUSTÍN DE HIPONA, *Confesiones,* en *Obras,* vol. II, ed. A. Custodio, Madrid, BAC, 1951, I. 8. 13.

7 - Hans G. GADAMER, «Hermenéutica como filosofía práctica», en *La razón en la época de la ciencia,* trd. E. Garzón, Barcelona, Alfa, 1976, pp. 64-5; también apunta su interés en GADÁMAR, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica,* 4.ª ed.. trd. Ana Agud y R. Agapito, Salamanca, Sígueme, 1977, p. 225.

8 AGUSTÍN DE HIPONA, *De Doctrina Christiana,* cit., II. 5. 6.

9 Al respecto, puede verse Vicenzo PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali,* Napoli, Jovene, 1976; en particular sobre la asunción de la concepción del significado de la patrística en la jurisprudencia medieval, cfr. pp. 174 ss.

laciones de saber y poder que en todo caso hemos de situar en el universo de las culturas del libro [10]. La existencia de un Texto en el que la letra es, al mismo tiempo, centro integrador y verdad definitiva requiere un canon hermenéutico en el que se presuponga la univocidad significativa de la expresión. La custodia de la pureza y la univocidad de su contenido requiere, además de la preeminencia de una casta espiritual que fije canónicamente el propio Texto y la literatura exegética [11], un esfuerzo ideológico que justifique la propia posibilidad de la objetividad hermenéutica ante las dificultades -contradicciones, vaguedad, etc.-, del Texto. En este punto, resulta particularmente importante la inflexión hermenéutica de Agustín de Hipona. La exigencia de la fidelidad al Texto invalida la interpretación alegórica, pero el retorno a la fidelidad al Texto resucita viejas dificultades. La importancia de la inflexión hermenéutica a la que se acaba de hacer referencia radica en el hecho de que aborda directamente las dificultades derivadas de la interpretación *literal* del Texto. Con su empeño, casi patológico, en la búsqueda de una verdad absoluta, Agustín de Hipona perfila eficazmente el norte apropiado para un talante hermenéutico que pretende al mismo tiempo la flexibilidad racionalizadora de la interpretación y el respeto a la literalidad del Texto. De ahí, precisamente, su amplia repercusión en la jurisprudencia medieval. La voluntad de Dios -o, en su caso, la *ratio scripta* o la intención del legislador-, que es lo que significa el Texto, se constituye en una especie de centro hermenéutico interno, profundo, capaz de producir un sentido objetivo que, en caso de hacerse necesario, pueda corregir la literalidad *inmediata*, los defectos atribuibles o localizados en la expresión de los pensamientos mediante los signos escritos. Se trata de un centro espiritual que no sólo sobre-codifica y armoniza la pluralidad de las lecturas que se realizan, sino que además legitima cualquier reproducción hermenéutica *autorizada* más allá e, incluso, frente a la letra muerta. Así, Agustín de Hipona sostiene que «todos los que leemos nos esforzamos por averiguar y comprender lo que quiso decir el autor que leemos, y cuando lo creemos veraz, no nos atrevernos a afirmar que haya dicho nada de lo que entendemos o creemos que es falso». De igual modo, añade, «ocurre cuando alguno se esfuerza por entender en las Sagradas Escrituras aquello que intentó decir en ellas el escritor» [12]. En este mismo sentido, la tarea del jurista, tal y como era entendida por los juristas medievales y humanistas, consistiría en reconocer y declarar el sentido objetivo de la ley, su valor racional: bien que se mostrase directamente en el sentido literal del texto o bien que, resultando idóneo el sentido literal según los parámetros de la racionalidad dogmática, hubiera de procederse a indagar, con la ayuda de los procedimientos herme-

10 En este sentido, Manuel GARCÍA PELAYO, *Las culturas del libro*, Caracas, Monte Ávila, 1976, p. 9 ss. Desde una perspectiva distinta, son interesantes algunas de las observaciones de Pierre LEGENDRE, *El amor del censor. Ensayo sobre el orden dogmático*, trd. Marta Giacomino, Barcelona, Anagrama, 1979, p. 85 ss.

11 GARCÍA PELAYO, *Las culturas del libro*, cit., p. 37; ID., *El Reino de Dios, arquetipo político. Estudio sobre las formas políticas de la Alta Edad Media*, Madrid, Rev. de occidente, 1959, pp. 218 ss.; LEGENDRE, *El amor del censor*, cit., pp. 106 ss.

12 AGUSTÍN DE HIPONA, *Confesiones*, cit., XII. 18. 27.

néuticos admitidos, cuál sería el significado adecuado al espíritu racional que alienta en las profundidades de la expresión lingüística [13].

II

La modernización de la sociedad y el racionalismo inciden sobre la metodología jurídica renovando sustancialmente aspectos fundamentales de la misma. La conjunción de diversos factores como el proceso de estatalización de la ley y la consiguiente superlegitimación de la misma como fuente del derecho, la resolución imperativista del positivismo y un racionalismo constructivo incipiente implementan la vieja idea fundante de la semántica de la voluntad. Por otro lado, la aparición del elemento sistemático, su matematización y la proposicionalización de la verdad refuerzan las posibilidades de auto-integración de la ley. Aunque la ciencia jurídica de la época no está todavía en condiciones de superar las instancias transcendentes de integración, se muestra con claridad la pujanza de nuevas formas de proceder y algunos postulados que hacen posible la auto-integración hermenéutica de la ley y la autonomía de lo jurídico. El voluntarismo moderno, racionalista, traduce la fe política de las nuevas clases dominantes en la seguridad y la capacidad creadora de la letra escrita. Así, progresivamente, se van consolidando las explicaciones que pretenden integrar la ley autonómamente. Esto conlleva la necesidad de dotar a la escritura de una capacidad ideológica suficiente para fijar terminantemente el espíritu de la ley, eludiendo la arbitrariedad e identificando el mandato del legislador como la manifestación asertiva de un contenido volitivo.

La precipitación de las teorías y la tradición dogmática en la obra de Hugo Grocio ofrece un interés singular de cara a valorar concretamente las apreciaciones generales que se acaban de hacer [14]. Por otro lado, en la obra de Grocio encontramos uno de esos casos paradigmáticos en los que la evidencia de una concepción semántica se resalta con especial nitidez precisamente por el hecho de darse por descontado. Así, no encontramos propiamente una teoría -del significado de la ley. La noción de significado que se

13 PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione*, cit., p. 179: ante el supuesto de inidoneidad del sentido literal, «el intérprete no debería dudar en descartar el significado propio de la palabra de una ley y seguir aquel otro que aun impropio literalmente, fuese más adecuado al espíritu del precepto».

14 Cfr. Hugo GROCIO, *De Iure Belli ac Pacis*, B. J. A. de Kanter-van Hettinga Tromp (Ed.), Lugduni Batavorm, E. J. Brill, 1939 (hay una traducción castellana incompleta de J. Torrubiano: *Del Derecho de la Guerra y la Paz*, Madrid, Reus, 1925). La fortuna de su obra *De Iure Belli ac Pacis* ha hecho que Grocio haya sido considerado generalmente como el iniciador o figura fundamental del iusnaturalismo racionalista moderno. Lo cual, por una parte, ha servido para eclipsar la labor de otros juristas de la época y, por otro lado, generó una impresión de ruptura que no es tal. Es este sentido, cfr. Francisco CARPINTERO, «'Mos italicus', 'mos gallicus' y el Humanismo jurídico racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica», *Ius comune*, VI, Frankfurt, a. M., Klostermann, 1977, p. 170: «Grocio se muestra un continuador de aquella jurisprudencia del 'Derecho común' remozada por el Humanismo que, escéptica ante la validez del Derecho romano, tuvo que recurrir para crear Derecho a la razón humana, que en ella se despliega de forma más libre que en la jurisprudencia anterior».

ha descrito en el apartado anterior tiene ya tanta fuerza que su presencia queda oculta en el transfondo de la mirada del conocer. La semántica de la voluntad esta ahí y aflora cuando se recurre a ella como argumento o cuando sirve para esclarecer la relación entre la voluntad y lo declarado, aspecto en el que Grocio es heredero en buena medida de los planteamientos de la escuela española [15] . De la misma forma, se hace presente allí donde se ocupa del dolo y la mentira, dado que para Grocio el concepto de verdad sigue vinculado a la correspondencia entre lo expresado, la declaración, y el estado anímico, los conceptos de la mente [16].

Los postulados metodológicos de su teoría de la interpretación también se inscriben en la tradición hermenéutica que venimos considerando. Quizá por el hecho mismo de funcionar como bisagra hay un elemento que cobra una relevancia fundamental: el elemento sistemático. Aunque el concepto de sistema propio del racionalismo todavía no se encuentra en la obra de Grocio, sí es posible identificar la noción básica de un sistema integrador que hace posible completar o dar coherencia la voluntad que expresa el significado de las normas jurídicas mediante «conjeturas» -*coniuncta.* La razón de ser o la necesidad de esta interpretación integradora surgiría de la ambigüedad o polisemia de las palabras; de la idea repugnante -para la razón- a que pudiera conducir la estricta literalidad o, también, del hecho de que sin esta interpretación pudiera llegarse a soluciones contradictorias [17]. En la teoría hermenéutica de Grocio, la «integración conjetural» se *saca* principalmente «por las materias, por el efecto y por las conexiones -*coniunctis*- ». A su vez, estas conexiones o «relaciones entre sí» podrían derivarse por razón de su origen o por el lugar. En el primer caso, la razón de la conexión vendría dada por el hecho de la *procedencia de una misma voluntad:* «aunque dicho en otro lugar y con otra ocasión», la conjetura nace del hecho de que en la duda se cree «que la voluntad es coherente consigo misma» [18]. En el segundo caso, cuando la conexión tiene como razón el lugar, su explicación se articula a partir de la *ratio legis.* La cual no debe ser confundida con la intención del legislador, ya que ésta es sólo uno de los indicios por los cuales se alcanza la *ratio legis* [19].

15 En este sentido, Franz WIEACKER, *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna,* trd. F. Fz. Jordán, Madrid, Aguilar, 1957, p. 252.

16 GROCIO, *op. cit.,* lib. III,,cap. I: X, 1; III, I: VII, 1 y XI, 1.

17 *Ibídem,* II, XVI; IV. Esta terminología precaria se mantiene hasta el siglo XIX. Savigny, por ejemplo, todavía se refiere a la integración sistemática de ordenamiento jurídico como un todo orgánico denominandola «crítica de conjetura» *(Konjeturalkritik),* cfr. Friedrich K. von SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre,* Stuttgart, Koehler, 1951, pp. 20-l.

18 GROCIO, *op. cit.,* II, XVI: IV-VII. La unidad de la mente humana es la hipótesis básica de la cual se parte. Se supone que la mente humana por ser de creación divina no puede contradecirse a sí misma. Esta hipótesis tiene gran importancia en la doctrina de la Iglesia y en el derecho de la Edad Media, cfr. Walter ULMANN, *Historia del pensamiento político en la Edad Media,* trd. Rosa Vilaró, Barcelona, Ariel, 1983, pp. 116 ss.

19 GROCIO, *op. cit.,* II, XVI: VIII.

Sin embargo, a pesar de las resonancias actuales de todo lo dicho, el autor verdaderamente moderno no es Grocio, sino Thomas Hobbes. La ruptura de Hobbes con el «modelo aristotélico» de la justificación y la explicación del Estado [20], le proporciona los instrumentos conceptuales necesarios para precisar la noción de ley como el mandato que traduce la voluntad del soberano [21] . Así, la ley propiamente dicha, la ley civil, es un mandato que expresa la voluntad del soberano y que recibe su autoridad y la razón de su obediencia exclusivamente del hecho de representar la voluntad del soberano [22]. Esta concepción, con idependencia de que identifica un uso específico del lenguaje y liga el significado de la ley a un presupuesto de autoridad, va a generar consecuencias teóricas importantes. De entrada, se pasa a considerar que «el legislador no es aquél por cuya autoridad se hicieron incialmente las leyes, sino aquel otro por cuya autoridad continúan ahora siendo leyes» [23]. Pero junto a esta observación, hay otras que *modernizan* considerablemente el sentido objetivo que expresan las leyes y que se busca mediante la interpretación. En realidad, en este punto, la importancia del positivismo hobbesiano radica, principalmente, en el hecho de que se reorganiza, definitiva y autonómamente, la idea de un legislador racional que sintetiza poder, voluntad y razón. Una idea que late en los orígenes del mundo moderno como trasunto de la idea teológica de divinidad [24].

Aparentemente, lo anterior no produce grandes cambios en el esquema de la interpretación. Al igual que antes, el significado de la ley no es la letra, sino lo que está de acuerdo con la intención del legislador. De la misma manera, la síntesis racionalista que se proyecta sobre la «intención del legislador» puede corregir el significado literal del texto. Igualmente, por fin, ese *fatum* profundo de racionalidad niega la pluralidad del texto y ampara la objetividad de las interpretaciones autorizadas. Sin embargo, estas viejas consecuencias aparecen ligadas a un fundamento nuevo. En este sentido, Hob-

20 Cfr. Norberto BOBBIO, *Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci,* ed. A. Ruiz Miguel, trad. J. C. Bayón, Madrid, Debate, 1985, pp. 92 ss.

21 También contribuye a ello su concepción sobre el lenguaje. Ya en sus *Elementos,* Hobbes establece que uno de los usos específicos del lenguaje consiste en la expresión de la voluntad, cfr. Thomas HOBBES, *Elementos de Derecho Natural y Político,* trd. D. Negro, Madrid, CEC, 1979, p. 197.

22 *Ibídem,* pp. 197-8; también en HOBBES, *Del ciudadano,* trd. A. Catrysse, Caracas, IEP, 1966, pp. 217 s. Hobbes precisa el concepto de *ley civil* en el cap. 26 de la II parte del *Leviatán,* cfr. HOBBES, *Leviatan o la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil,* trd. M. Sánchez Sarto, México, FCE, 1980, p. 217 ss.

23 *Ibídem,* p. 220.

24 Cfr. Enrique GÓMEZ ARBOLEYA, *Estudios de teoría de la sociedad y del estado,* Madrid, IEP, 1962, pp. 422,450; también en ID., *Historia de la estructura y del pensamiento social,* Madrid, I. E. P., 1976, p. 151: «La unidad política produjo la visión de la unidad jurídica. Aunque cada precepto nace en determinadas condiciones para ciertas necesidades, todos convergen en un vértice: en la voluntad del legislador. El legislador humano se ve investido con los atributos que antes se predicaban sólo del divino (...). La Teología había dicho que en Dios, infinitamente perfecto, son idénticas voluntad y razón. El jurista moderno sostiene implícitamente lo mismo del legislador humano. De aquí, que sus conceptos y construcción se convierten, en último término, en la mejor manera de explicitar aquella perfectísima voluntad».

bes formula explícitamente y con gran fuerza su punto de partida: «la voluntad de otro no puede ser advertida sino por sus propias palabras o actos, o por conjeturas tomadas de sus fines y propósitos, lo cual en la persona del Estado debe suponerse siempre en armonía con la equidad y con la razón» [25]. Las razones de la coherencia sistemática de la ley son más profundas que las de Grocio. La representación del Estado como hombre artificial, expresión absoluta de la razón, y de la ley como la manifestación de su voluntad determinaría el hecho de que «no pueda surgir fácilmente una contradicción en las leyes»; y que «cuando ésta se produce, la misma razón es capaz, por interpretación o alteración, de eliminarla» [26]. Esta capital función integradora que se asigna a la interpretación repercute directamente en los postulados de la justificación hermenéutica. En primer lugar, Hobbes afirma que «no es en la letra, sino en la intención o el significado, es decir, en la interpretación auténtica de la ley -que estriba en el sentido del legislador- donde radica la naturaleza de la ley [27]. En segundo lugar, Hobbes hace derivar de lo anterior la dependencia estricta del interprete a la autoridad del soberano, que al mismo tiempo le autoriza y legitima en su labor. Así, considera que las sentencias, sobre todo las que interpretan la ley natural, no hacen sino producir leyes individuales [28]. Por último, el «sentido literal» de la ley no tiene nada que ver con la pluralidad de sentidos resultantes por la ambigüedad de las palabras, entre otros motivos. Hobbes corrige expresamente cualquier margen de duda: «si por letra se entiende el sentido literal, entonces la letra y la *sentencia* o intención de la ley son la misma cosa, porque el sentido literal es aquél que el legislador *se proponía* significar por la letra de la ley. En efecto, se supone siempre que la intención del legislador es la equidad (...). Por consiguiente, si el texto de la ley no autoriza plenamente una sentencia razonable (el intérprete-juez) debe suplirlo con la ley de naturaleza» [29].

La modernización de la sociedad y el racionalismo determinan la profundización de la ficción hermenéutica de la voluntad del legislador. En la explicación teórica de Hobbes, que acaba de ser expuesta, comienza a perfilarse una dimensión fuerte de la hipótesis del legislador racional. Además,

25 HOBBES, *Leviatán*, cit., p. 223-4.

26 *Ibídem*, p. 222.

27 *Ibídem*, p. 226.

28 *Ibídem*, pp. 226 ss.

29 *Ibídem*, p. 229-30. Al respecto cabe recordar que ya para Aristóteles ser equitativo es «mirar no a la ley sino al legislador. Y no a la letra sino a la intención del legislador, y no al hecho, sino a la intención, y no a la parte, sino al todo...», ARISTÓTELES, *Retórica*, ed. y trad. A. Tovar, Madrid, IEP, 1971, I, 13 (1374 b). Cfr. también, *ibídem*, I, 15 (1375 a. y 1375 b.). Sobre la diferente consideración y actitud de Hobbes ante las obras de Aristóteles y su estudio de la retórica, cfr. Leo STRAUSS, *The Polotical Philosophy of Hobbes. Its Basis and Its Genesis* trd. del manuscrito alemán Elsa M. Sinclair, Chicago, The Univ. of Ch. Press, 1963, pp. 33 ss. Ollero, por su parte, ha hablado en este punto de recuperación positiva de la equidad y la ley natural, cfr. Andrés OLLERO, *Hobbes y la interpretación del derecho*, en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, EDERSA, 1982, pp. 60 ss.

y es importante subrayarlo, el voluntarismo racionalista o moderno traduce la fe política de las nuevas clases dominantes en la seguridad y la capacidad creadora de la letra escrita en reglas específicas de la metodología hermenéutica. Así, progresivamente se van a ir marginando las esperanzas de estabilidad y renovación depositadas en la pura objetividad del derecho de la razón para irse consolidando las explicaciones que propugnan la supremacía absoluta de la ley positiva. Como consecuencia se defiende la necesidad de que la ley se integre desde sí misma. Todo ello conduce a proyectar sobre la escritura la capacidad para fijar el espíritu, eludiendo la arbitrariedad e identificando el mandato del legislador como la manifestación asertiva clara y terminante de un contenido volitivo racional. Pufendorf, a medio camino entre Grocio y Hobbes en tantos aspectos, anuncia en este punto las repercusiones de la idea de seguridad. Al hacerse externa la obligación jurídica, la necesidad de alcanzar una certeza absoluta descansa en la objetividad de la interpretación [30]. En este sentido, habría que entender que la seguridad no es tanto la consecuencia como el antecedente del giro teórico que anuncia el positivismo jurídico y la autonomía del derecho frente a la moral. La objetividad y la generalidad dejan de ser meros imperativos epistemológicos o dogmáticos y asumen una dimensión jurídico-política. Jean Domat recoge y da una salida terminante a este lugar común de la época en la dirección de la «ciencia del derecho positivista» y la codificación [31]. Para Domat, también, la univocidad no es una consecuencia agregada, sino una necesidad que determina el punto de partida de su consideración: «todas las leyes, ya naturales, ya arbitrarias -las leyes positivas-, tienen un uso fijo, al cual las determina la justicia universal que es su espíritu. Por lo tanto, su aplicación debe hacerse discerniendo lo que exige este espíritu, que en las primeras es la equidad natural y en las segundas la *voluntad del legislador*» [32]. Las leyes tienen que tener un uso fijo para que la generalidad de las mismas sea preservada. Pero, además, se pretende que

30 Samuel PUFENDORF, *De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural en doslibros,* trd. Lelia de Ortiz, Univ. de Córdoba (Argentina), 1980, lib, I, XVII, 1: «en los asuntos o cuestiones ordenadas o prescritas por la autoridad, el hombre no está obligado más allá del propósito o la intención de dicha autoridad, y en los asuntos o materias que el hombre elige obligarse, no quedará comprometido más allá de lo que fue su intención. Y, sin embargo, como no podemos juzgar la intención de otro, salvo por las acciones y signos que impresionan en nuestros sentidos, en los tribunales de los hombres se considera al individuo, consiguientemente, como obligado sólo a lo que puede sugerir una seria interpretación de tales indicadores. De aquí que, para una adecuada comprensión de las leyes, como así también de los pactos y para el cumplimiento del deber que ellas involucran es de suma importancia establecer las reglas de una buena interpretación, especialmente en lo que hace a las palabras que constituyen el signo más común». Esto aparte, Pufendorf postula la necesidad de alcanzar el «verdadero significado» *(verum sensum, rectique sensus, genuinum sensum)* y abunda en los criterios hermenéuticos expuestos por Grocio, cfr. PUFENDORF, *De Iure Naturae et Gentium,* G. Moscovius (Ed.), Frankfurt a. M., Minerva, 1967, lib. V, cap. XII.

31 Cfr. Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I: Assolutismo e codificazione del diritto,* Bologna, Mulino, 1976, pp. 156 ss.

32 Jean DOMAT, *Las leyes civiles en su orden natural,* tomo I, trd. F. Villarubias y J. Sardá, Barcelona, 1844, p. 86.

la univocidad no dependa de ningún motivo ajeno a la ley, esto es, que la ley pueda integrarse desde sí misma. Por eso, Domat, en lo que concierne a la metodología hermenéutica, asume plenamente el paradigma sistemático [33]. Por eso, también, la fe de Domat en la escritura: «la ley debe ser escrita, a fin de que la escritura fije su sentido y determine al espíritu a la justa idea de lo que está mandado, y para que no sea a cada uno formarla según la interpretación que el mismo la pueda dar» [34].

III

Para concluir esta rápida revisión de la genealogía de la voluntad del legislador como ficción hermenéutica, voy a centrarme en un autor de transición. La obra de Jeremy Bantham rebasa el planteamiento de las propuestas teóricas que se han estudiado hasta ahora. Bentham deja de ser antecedente de una mentalidad jurídica para verse envuelto en ella. No sólo comparte los ideales iluministas que impulsan la codificación en otros ámbitos culturales, sino que incluso desarrolla algunos de sus elementos fundamentales. Y ello tanto en lo que atañe a sus investigaciones sobre la ciencia de la legislación como en lo que supone su importante contribución a pensar modernamente la sociedad disciplinaria [35]. Pero aquí no entraremos en estas cuestiones más generales. No es que crea que los postulados de la sociedad disciplinaria o la ciencia de la legislación sean radicalmente escindibles de las concepciones hermenéuticas. Simplemente, se trata de que teniéndolos presentes no estén demasiado presentes. Al menos no tan presente que puedan marginar la atención que requiere su labor de integración teórica del viejo esquema de la ideología hermenéutica que se ha expuesto en los dos apartados anteriores.

En el comienzo de su importante libro *Of Laws in General,* concebido como continuación de los *Principios* aunque inédito hasta fechas muy recientes [36], Bentham propone una definición del derecho que puede ser considerada como el paradigma, o mejor, como círculo de referencia en el que se enmarcan los aspectos particulares de su elaborada teoría general del derecho. Bentham *explica* la ley concibiéndola como la expresión de la voluntad de un soberano. Dado que esa voluntad tiene que ser expresada mediante signos, ello va a realzar el papel del lenguaje en su comprensión de la me-

33 *Ibídem,* p. 90-l.

34 *Ibídem,* p. 80.

35 Sobre estas cuestiones, cfr. Jeremy BENTHAM, *Tratados de legislación civil y penal,* ed. Magdadela Rodríguez (se trata de la traducción de la edición francesa que realizó Ramón Salas en 1821), Madrid, EN, 1981. En buena medida, la actualidad de Bentham se debe a los trabajos de Foucault, que destacan críticamente una faceta de la obra de Bentham que había pasado prácticamente desapercibida. Cfr. Michel FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas,* trd. E. Lynch, Barcelona, Gedisa, 1980, pp. 117 ss.; ID., *Vigilar y castigar,* trd. A. Garzón, Madrid, Siglo XXI, 1978, pp. 203 ss.

36 Al respecto, pueden verse Herbert L. A. HART, «Introducción» a Jeremy BENTHAM, *Of Laws in General,* H. L. A. Hart (Ed.), University of London, 1970, pp. XXI ss.; HART, «Bentram's 'Of Laws in General'», *Rechtstheorie* 2/1 (1971), pp. 55-66; Karl OLIVECRONA, «The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of 'A Law'», *American Journal of Jurisprudence,* 20 (1975), p. 95.

todología jurídica. En este sentido, más que novedosa, su definición puede ser considerada como una recapitulación y armonización de concepciones anteriores a la vista de las tendencias que sigue el desarrollo de las técnicas legislativas. Así, considera a la ley como «un conjunto de signos declarativos de una voluntad concebida o adoptada por el soberano en un Estado» [37]. Por otro lado, en la obra de Bentham culminan las transformaciones modernas que inciden sobre una forma de construir la objetividad cuya base fundamental es la presuposición según la cual los signos están en lugar de algo, siendo ese algo un contenido intelectual: la razón escrita, primero, la voluntad del legislador, después. Las novedades consisten más en la forma de explicar el logro de la objetividad y los procedimientos adecuados para alcanzarla que en esa consideración fundamental a la que se acaba de aludir. Como sea, Bentham, definitivamente, dota de una explicación moderna a la vieja idea del *alma* de la ley. La racionalidad se desplaza desde el texto a la hipótesis de un legislador racional. En este sentido, en la línea de lo apuntado por la tradición racionalista, desde Grocio a Hobbes, los signos lingüísticos de la ley, como en cualquier otro uso lingüístico, expresarían un estado mental interno. Un estado mental que, en el supuesto de la ley, se configura específicamente como una *volición: the state of legislator's mind, an internal state of the will* [38].

Bentham desarrolla una teoría que integra la consideración del significado de la ley como un mandato con la manifestación asertiva de un contenido volitivo. Al tiempo que construye su lógica de la voluntad, Bentham identifica el significado dentro de lo que en general es la expresión de un estado mental mediante signos. Los procedimientos analíticos y las distinciones de Bentham pueden parecernos un poco toscas [39], pero llegar a tales conclusiones supone entre otras cosas adelantarse en muchos años a la conciencia de su tiempo. Algo que, como en el caso de Hobbes, ha de ser convenientemente valorado. Como punto de partida, Bentham considera que la lógica de la voluntad es una lógica imperativa. Esto es, que la forma lingüística válida para expresar la voluntad concerniente a una conducta que deberá ser observada es la forma imperativa [40]. Ahora bien, debemos ser precavidos y no acercarnos a esta afirmación con prejuicios actuales. Bentham pone especial cuidado en conciliar esta afirmación con la relevancia normativa y hermenéutica del contenido intelectual de la ley. El significado de cualquier signo lingüístico expresaría siempre un estado mental, los signos manifestarían siempre algo que ha sido concebido o pensado. Toda expresión

37 BENTHAM, *Of Laws in General,* cit., p. 1.

38 Cfr. *ibídem,* pp. 98, 97, 152 ss.; también, BENTHAM, *An Introducion to the Principles of Morals and Legislation,* J. H. Burns y H. L. A. Hart (Eds.), Univ. of London, 1970, p. 299.

39 Con todo, no sería tan radical como Hart, cfr. HART, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory,* Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 248 ss.

40 BENTHAM, *Of Laws in General,* cit., pp. 154, 104 ss. Sobre la lógica de la voluntad de Bentham y su alcance actual, pueden verse Joseph RAZ, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System,* 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 53 ss.; HART, *Essays on Bentham,* cit., pp. 111 ss.

lingüística tiene como referencia -diríamos hoy- un estado mental que exterioriza bien sea como manifestación de una creencia o bien como manifestación de una volición. Según esto, cualquier locución que exprese algo tiene que ser un aserto [41]. ¿Dónde radican, pues, las particularidades del significado de la ley o de cualquier locución que exprese un contenido volitivo? Sucintamente, en una especie de *valor añadido* que diferenciaría un aserto que declara una voluntad respecto de otro que expresa una creencia. Ese valor añadido puede adoptar formas diversas. Bentham enumera varias de ellas e incluso señala que esa forma puede ser elíptica -se refiere a la forma verbal ordinaria del imperativo [42].

Más allá de su transcendencia filosófico-lingüística, lo anterior tiene un doble orden de consecuencias. En primer lugar, tras este planteamiento late una concepción *previsora* de la ley. Al conjugar la forma del imperativo con la relevancia de su contenido intelectual, Bentham completa su definición del derecho expuesta más arriba. Así, ahora puede decir que la ley es «la declaración de voluntad ... concerniente a la conducta que deberá ser observada en un cierto caso por una persona o clase de personas que en el supuesto en cuestión estén o se suponga que están sujetos al poder de un soberano» [43]. Por otra parte, en segundo lugar, Bentham resalta la dimensión intelectual de la búsqueda del significado de la ley. La labor hermenéutica del intérprete ha de buscar identificar perfectamente un contenido semántico, ideas abstractas, un estado mental que se concibe como la voluntad del legislador. Con lo cual, la corrección hermenéutica se configura en base a la correlación de dos contenidos intelectuales. Bentham considera terminantemente que sólo son correctas las interpretaciones que expresan la voluntad del legislador. Pero ello no impide que, al darse por supuesto la racionalidad del legislador, esa voluntad pueda ser integrada racionalmente, «interpretándola», siempre y cuando ello no conlleve discrecionalidad [44]. En este punto, Bentham intenta un difícil equilibrio entre los postulados político jurídicos de la ilustración -plenitud, seguridad jurídica, separación de poderes, igualdad, etc.- y la convicción *práctica* de las dificultades que conlleva asegurar mediante la expresión adecuada, sin fisuras ni opacidades, la racionalidad ucrónica y universal de los imperativos legales.

CONCLUSIONES

El desenvolvimiento de la semántica de la voluntad, sobre todo a la luz de los últimos desarrollos estudiados, anuncia ya la consolidación «científica» del método deductivo de la concepción tradicional durante la primera

41 BENTHAM, *An Introduction to the Principles,* cit., pp. 299 s.

42 *Ibídem,* pp. 299 s.; BENTHAM, *Of Laws in General,* cit., p. 154. Para más detalles sobre este punto puede verse, HART, *Essays on Bentham,* cit., p. 248.

43 BENTHAM, *Of Laws in General,* cit., p. 1.

44 *Ibídem,* pp. 156 ss.; 239 ss.

mitad del siglo XIX [45]. Aunque no cabe ninguna duda sobre la importancia de la prolongación «científica» de esta ficción hermenéutica que lleva a buscar la voluntad del legislador tras la letra de la ley, voy a concluir aquí esta investigación limitándome a subrayar algunos detalles o consecuencias derivadas de la misma. Quizá no sea necesario advertir que no se trata tan sólo de clarificar el valor de una vieja reliquia. Es cierto que la atomización y la dispersión epistemológica de la ciencia jurídica actual también ha afectado a esta ficción hermenéutica que se rechaza, transforma o sustituye. Pero, de todas formas, algunas de sus consecuencias más importantes mantienen una presencia decisiva en la praxis y en la teoría de la interpretación jurídica de la dogmática. Se trata, a veces, de una presencia, difusa, barrosa. Otras, las mutaciones de los apoyos teóricos que las explican hacen difícil su reconocimiento. Pero, en todo caso, con independencia de todas las novedades y de todas las transformaciones, hay algo así como un *talante* que perdura aún hoy en día.

A pesar de su carácter fragmentario, la *mínima* revisión genealógica efectuada lleva a constatar, de entrada, la importancia del papel que juega en la ideología hermenéutica la semántica de la voluntad. La presuposición (postulado o hipótesis teórica) de que existe un «sentido objetivo» depositado en la letra de la ley y su identificación, primero, con una instancia racional profunda y, después, a medida que culmina el proceso de estatalización de la ley, con la voluntad del legislador determina una concepción ideológica según la cual las interpretaciones autorizadas o correctas expresarían sin opacidad ni distorsión alguna el pensamiento o la voluntad incorporada como instancia espiritual tras la letra de la ley, en su significado. La función de este postulado que presupone tras la expresión un contenido semántico que consiste en ideas abstractas, el sentido objetivo de la ley, es múltiple. En primer lugar, la hipótesis de esa instancia racional profunda permite dotar de una cierta flexibilidad la tarea hermenéutica. Una flexibilidad *dogmática* que hace posible superar las dificultades o los silencios del texto e, incluso, las contradicciones de la letra con las creencias autorizadas del intérprete sobre lo que debiera o debiera haber sido querido o pensado por el legislador. El objetivo de la actividad hermenéutica, según esto, tendería a averiguar y comprender el significado racional de la ley y, dado que se acepta como postulado que el legislador y el alma o el pensamiento de la ley son racionales, el intérprete *no* podrá llegar a una conclusión hermenéutica que se aparte de los cánones de racionalidad aceptados dentro del orden dogmático. También se desprende de lo anterior la posibilidad de acomodar el significado de la ley a las necesidades históricas y al contexto de su aplicación. Por otra parte, mediante la ficción hermenéutica que se viene considerando, las producciones hermenéuticas se ligan a la ley con una suerte de

45 Las tres direcciones más significativas de la metodología jurídica del siglo XIX reciben la influencia de la «semántica de la voluntad» en sus propios orígenes. Cfr., al respecto, Friedrich K. von SAVIGNY, *Sistema de Derecho Romano actual,* trd. J. Mesía y M. Poley, Madrid, Góngora, s. a., 2.ª ed., pp. 183 ss.: John AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence,* tres vol., New York; Burt Franklin, 1970, vol II: pp. 121 ss., 331 ss.; vol III: 229 ss.: Julien BONNECASE. *L'École de l'Exégèse en Droit Civil,* París, E. de Boccard Ed., 1924, pp. 128 ss. y 131 ss.

vínculo hipostático. Como consecuencia, se niega hasta la mera posibilidad de interferencias u opacidades, ya sean de carácter subjetivo u objetivo, y se inscribe la decisión hermenéutica directamente en la ley. Además, mediante ese vínculo sublime, en la aplicación de la ley, se adscribe al legislador la voluntad que decide el caso concreto. De esta manera, la inscripción de las ejecuciones hermenéuticas en la voluntad de un legislador ideal, racional y dotado de una autoridad absoluta, legítima y justifica las interpretaciones *autorizadas.* Por último, aunque no por ello con menor transcendencia, la ficción hermenéutica de la voluntad del legislador legítima al intérprete para corregir los defectos superficiales de la ley. Plenitud, armonía, generalidad e intemporalidad son ideales que nacen más allá del texto de la ley. Son el resultado de una sobre-codificación transcendente, realizada desde el *alma* de la ley o la *voluntad del legislador.* Pero, en tanto en cuanto se mantiene la fe en ese núcleo profundo de racionalidad omnicompresiva y perfecta, se mantiene la eficacia de un canon hermenéutico fundado en la coherencia y la plenitud ucrónica del sentido objetivo de la ley. Las *apariencias* de ambigüedad, insuficiencia o contradicción sólo existirían en los umbrales de la expresión.

LAS FICCIONES EN JEREMY BENTHAM. EL MÉTODO DE LA PARÁFRASIS

Introducción

En la obra de J. Bentham hallamos sugerentes puntos de vista en el tema de las ficciones. Las ficciones jurídicas pueden entenderse, al menos, en dos sentidos: 1) como ficciones legales y 2) como entidades ficticias presentes en la elaboración de la ciencia jurídica [1].

J. Bentham se refiere a las ficciones legales (con especial énfasis en las ficciones judiciales, frecuentes en el ámbito del Common Law) y, por cierto, para declararlas *falsedades intencionadas* que van en contra de la deseable claridad de la ley [2]. Sin embargo este artículo está dedicado al segundo sentido que puede atribuirse al término ficción, pues creo que ahí radican sus aportaciones más destacadas.

En primer lugar expondré qué entiende Betham por el método de la paráfrasis y, a continuación, me detendré en el uso que hace de ese método aplicado al análisis de un tipo de entidades ficticias: las obligaciones.

1. *El método de la paráfrasis*

Antes de exponer el método que Bentham presenta estimo conveniente hacer unas breves consideraciones sobre su ontología. Dicha ontología está basada en la epistemología empirista clásica de J. Locke y D. Hume. Según esta epistemología nuestras ideas se originan en nuestros sentidos.

«... todas nuestras ideas proceden de nuestros sentidos y el único cami-

Deseo mostrar mi agradecimiento a Rafael Hernández Marín, que ha tenido la amabilidad de leer una primera redacción de este artículo y con el cual he conversado larga y provechosamente sobre estos temas, por sus valiosas enseñanzas, críticas y sugerencias.

1 Rafael Hernández Marín, «Ficciones jurídicas», *Doxa,* en este mismo número.

2 «Entiendo por ficción un hecho notoriamente falso sobre el cual se razona como si fuera verdadero». Jeremy Bentham, *Tratados de Legislación Civil y Penal,* (traducción del francés por Ramón Salas), Editorial Nacional, Madrid, 1981, pág. 83.

Bentham se refiere a la situación de la legislación y de la práctica judicial inglesa de su tiempo: «... el fétido aliento de la ficción emponzoña el significado de cuanto empaña. La consecuencia es que falta todavía mucho para que el Derecho, y en especial el Derecho Procesal, sea inteligible para todos». Jeremy Bentham, *Fragmento sobre el Gobierno,* (traducción de Julián Larios Raos), Ed. Aguilar, Madrid, 1973, pág. 25 nota. Esta tesis es preciso relacionarla con su conocida crítica al *Common Law:* el *Common Law,* según Bentham, no es Derecho, sino cuasi-Derecho, y sus leyes no son leyes, sino cuasi-leyes. Jeremy Bentham, *Of Laws General,* ed. by H. L. A. Hart, University of London, The Athlone Press, 1970, pág. 194 y Jeremy Bentham, *A Comment on the Commentaries. A. Criticism of William Blackstone's Commentaries on the Laws of England,* ed. by Charles Warren Everett, Scientia Verlag, Aalen, 1976, sec. XIII.

no de presentar cualquiera de nuestras ideas clara y determinadamente es ascender hasta los objetos sensibles en los que se origina» [3].

En el universo ontológico que Bentham presenta solamente hay entidades reales [4]. Las entidades reales están representadas por lo que J. Locke llamaba modos simples; los modos mixtos (referidos a entidades abstractas) son entidades ficticias y las entidades ficticias no existen [5].

Pero Bentham señala una importante diferencia entre dos tipos de entidades ficticias: unas, como demonio, derecho natural, ley de la naturaleza contrato social, llamadas (en algunas ocasiones) entidades fabulosas, que deben ser eliminadas de la ciencia jurídica y otras, como obligación, derecho, poder, competencia, que deben ser eliminadas mediante paráfrasis [6].

El primer tipo de entidades ficticias son no entidades. El rechazo del iusnaturalismo por Bentham es fruto de su rechazo de esas entidades con las cuales el pensamiento jurídico tradicional poblaba el universo del discurso jurídico [7].

El segundo tipo de entidades ficticias hace referencia a expresiones que deben ser eliminadas mediante paráfrasis. Veamos, ahora, cómo explica Bentham el método de la paráfrasis:

«Una palabra es explicada mediante paráfrasis no sólo cuando se traduce en otras palabras, sino también cuando la frase entera de que forma parte se traduce en otra frase; las palabras de la última expresan ideas más

3 Jeremy Bentham, *Of Laws in General,* cit., págs. 294.

Bentham hace explícita referencia a J. Locke en una larga nota, de análisis ontológico, en el *Fragmento sobre el Gobierno.* De él toma las expresiones «modos simples» y «modos mixtos». Jeremy Bentham, *Fragmento sobre el Gobierno,* cit.. pág. 127 nota.

4 H. L. A. Hart afirma lo mismo y añade: «Las entidades reales, según Bentham, incluyen sustancias corporales y cosas materiales, impresiones sensibles o ideas». H. L. A. Hart, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory,* at the Clarendon Press, Oxford, 1982, pág. 129.

5 «Una entidad ficticia es una entidad a la cual, aunque por la forma gramatical del discurso empleado al hablar de ella se le adscribe la existencia, sin embargo ello no significa que la existencia se le adscriba real y verdaderamente». Jeremy Bentham, *The Theory of Fictions,* in C. K. Ogden, *Bentham's Theory of Fictions,* Kegan Paul, London, 1932, pág. 12.

6 Esta distinción entre entidades ficticias y fabulosas aparece claramente en Bentham: «Para distinguirlas de estas entidades ficticias que, desde que el lenguaje está en uso entre seres humanos, nunca pueden ser ahorradas, podemos usar el nombre de *fabulosas* con el que designamos esta otra clase de entidades no-reales». Jeremy Bentham, *The Theory of Fictions,* cit., pág. 17; ver también pág. 137.

A esta distinción se refieren también Ross Harrison, *Bentham* Routledge & Kegan Paul, London-Boston-Melbourne and Henley, 1983, pág. 83; James Steintrager, *Bentham,* George Allen & Unwin Ltd., London, 1977, pág. 27 y C.K. Ogden, *Bentham's Theory of Fictions,* cit., pág. XXXV-XXXVI.

7 «... es en las regiones de la no-entidad donde ella (la ley natural) debe ser descubierta». «*Relaciones de Justicia ... Naturaleza de las cosas ... Leyes eternas e inmutables* ... son algunos sonidos sin significado». «De la Ley de la Naturaleza, como a menudo he afirmado, nada conozco, puesto que es una no-entidad». Jeremy Bentham, *Comment on the Commentaries,* cit., págs. 38 y 78.

simples, o son susceptibles de traducirse inmediatamente en ideas más simples que aquellas de la primera» [8].

Lo que Bentham propone es realizar un análisis lógico, para decirlo con la terminología de la filosofía analítica, de las oraciones en que aparecen expresiones como 'obligación' y 'derecho'. En palabras de H. L. A. Hart: «No podemos decir lo que las palabras 'obligación' o 'derecho' nombran o designan porque, dice Bentham, ellas no nombran nada, pero podemos decir lo que los enunciados que emplean estas palabras significan» [9].

Es conveniente poner en relación dicho método de Bentham con su teoría de la definición. Bentham señala que el método inaugurado por Aristóteles como válido para la definición, la definición *per genus et differentiam,* no es válido para definir entidades ficticias como las anteriormente señaladas. Y ello debido a que las expresiones como 'obligación' y 'derecho' no tienen género superior [10]. Bentham declara totalmente inválido el procedimiento que trata de definir estas expresiones como si fueran nombres: «Sería lo mismo que si quisiéramos definir de esta manera una conjunción o una preposición. Sería tanto como definir la preposición 'por' o la conjunción 'porque', 'por' es un ... o 'un porque' es ..., y así sucesivamente» [11].

Lo anterior nos pone de manifiesto: 1) que el análisis lógico de Bentham implica que 'obligación' no es un nombre; y 2) que, no obstante, las expresiones en que dicha palabra aparece pueden ser traducidas a oraciones que, de una parte, ponen de relieve que dicha expresión no es un nombre y, de otra, son oraciones significativas.

8 Jeremy Bentham, *Fragmento sobre el Gobierno,* cit., págs. 126-7 nota. En otro lugar el método de la paráfrasis se presenta de la siguiente manera:

«Una proposición teniendo por sujeto el nombre de una entidad ficticia no es claramente comprendida hasta que puede ser traducida a una correspondiente proposición teniendo por sujeto el nombre de alguna entidad real». Jeremy Bentham, *Deontology together with a Table of Springs of Action and Article on Utilitarianism,* ed. by Ammon Goldworth, at the Clarendon Press, Oxford, 1983, pág. 75.

Antes que Bentham, C. Beccaria propuso una idea (que nunca desarrolló) que, de un modo vago, avanza el método de la paráfrasis:

«La voz obligación es una de aquellas que son mucho más frecuentes en la moral que en cualquier otra ciencia, y que son un signo abreviado de un raciocinio y no de una idea, buscad una a la palabra obligación, y no la hallaréis; haced un raciocinio, y os entenderéis a vosotros mismos, y seréis entendidos». Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas,* ed. de Franco Venturi (traducción al castellano de Joaquín Jordá Catalá), Bruguera, Barcelona, 1983, pág. 56 nota.

9 H. L. A. Hart, *Essays on Bentham,* cit., pág. ll.

10 Jeremy Bentham, *Fragmento sobre el Gobierno,* cit., pág. 127 nota y Jeremy Bentham, *Of Laws in General,* cit., págs. 294-5. La insuficiencia de este método para la teoría de la definición ha sido también señalada por los lógicos actuales. Ver, por ejemplo, Patrick Suppes, *Introducción a la lógica simbólica,* (traducido por Gabriel Aguirre Carrasco, Compañía Editorial Continental, México-España-Argentina-Chile, 1981, págs. 197-8.

11 Jeremy Bentham, *Fragmento sobre el Gobierno,* cit., págs. 127 nota; también Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation,* ed. by J. H. Burns and H. L. A. Hart, University of London, The Athlone Press, 1970, pág. 207 nota.

La insistencia de Bentham en traducir no los términos, sino las expresiones en que dichos términos aparecen guarda relación con su tesis según la cual la oración es la mínima unidad susceptible de significado [12].

Todavía podríamos preguntarnos, si no son nombre ¿qué son? Puede afirmarse que son algo muy semejante a lo que B. Russell llamo símbolos incompletos, los cuales pueden ser definidos mediante descripciones russellianas [13].

Más tarde W. V. O. Quine llamaría a estas descripciones «definiciones contextuales, por cierto, atribuyendo a Bentham el descubrimiento de este método:

«La definición contextual, o lo que Bentham llamaba paráfrasis, puede permitimos hablar muy considerable y convenientemente sobre objetos putativos sin tener que pagar una factura ontológica. Es un modo estrictamente legítimo de hacer teorías en las cuales hay menos de lo que se puede percibir. La idea de paráfrasis de Bentham ha prosperado posteriormente en la teoría de las descripciones de Russell» [14].

La conclusión que se desprende de todo ello es la siguiente: El hecho de que exista un nombre en un discurso determinado no garantiza la existencia de un supuesto objeto designado por tal nombre. Con el método de la paráfrasis, Bentham evita poblar su universo del discurso con objetos ine-

12 «En menos alcance que el de una proposición ni la verdad ni la falsedad, ni la sabiduría ni la insensatez, ni el sentido ni el sin-sentido, pueden ser expresados». Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence, IV,* ed. by John Stuart Mill, London, 1827, pág. 288; en Ross Harrison, *Bentham,* cit., pág. 65. También: «Toda palabra para ser inteligible, debe ser representada como parte de alguna aserción o proposición». Jeremy Bentham, *The Works of Jeremy Bentham, VIII,* ed. by John Bowring, Russell and Russell, New York, 1962, pág. 333.

Tanto R. Harrison, como R. A. Samek, como W. V. O. Quine coinciden en atribuir a Bentham esta tesis precursora de los análisis de G. Frege y de considerable interés para nuestro análisis. Ross Harrison, *Bentham,* cit., pág. 66; Robert A. Samek, *The Legal Point of View,* Philosophical Library, New York, 1974, págs. 140-1; Willard van Orman Quine, «Five Milestones of Empiricism», in *Theories and Things,* The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 1982, págs. 68-70.

13 Bertrand Russell, «La filosofía del atomismo lógico», (versión castellana de Javier Muguerza) en Javier Muguerza (com.), *La concepción analítica de la filosofía,* Alianza Editorial, Madrid, 1981, págs. 208-221. En el mismo sentido H. L. A. Hart, *Essays on Bentham,* cit,, págs. 43 y 128; Ross Harrison, *Bentham,* cit., pág. 64 y John Wisdom, «Ostentation», in John Wisdom, *Philosophy and Psychoanalysis,* Basil Blackwell, Oxford, 1969, pág. 1.

14 Willard van Orman Quine, «Existencia y cuantificación», (versión castellana de Josep Lluís Blasco) en *La Relatividad ontológica y otros ensayos,* Ed. Tecnos, Madrid, 1974, pág. 132. Es la misma tesis que aparecía en el famoso artículo de Willard van Orman Quine «Acerca de lo que hay», en *Desde un punto de vista lógico,* (traducción de Manuel Sacristán), Ed. Ariel, Barcelona, 1962. Quine reconoce en otros lugares este descubrimiento de Bentham; Willard van Orman Quine, «Naturalización de la epistemología», (versión castellana de Manuel Garrido), *La Relatividad ontológica y otros ensayos,* cit., pág. 96 y Willard van Orman Quine, *Theories and Things,* cit. págs. y 20, 68-70 y 75.

xistentes. Su análisis muestra que en su teoría las obligaciones no son valores de variables cuantificadas [15].

Veamos, a continuación, el análisis concreto que Bentham presenta de un tipo de entidades ficticias, las obligaciones.

2. *Análisis de un tipo de entidades ficticias: obligaciones*

En múltiples ocasiones Bentham señala que su método de la paráfrasis es necesario para analizar entidades ficticias como obligaciones [16].

Hemos visto que, según Bentham, 'obligación' no es un nombre. Si 'obligación' fuera un nombre tendríamos que la oración

1 z tiene la obligación de hacer A

significa [17].

2 V *x (x* es la obligación de hacer a & *z* tiene *x)*

Lo cual comprometería nuestra teoría con la existencia de objetos que fueran obligaciones, pues para que *2* fuera verdadero sería preciso que existiera una *x*, una obligación, que fuera el valor de una variable cuantificada. Así entendía las obligaciones el pensamiento jurídico tradicional [18].

15 «Ser asumido como entidad significa pura y simplemente ser asumido como valor de una variable... Las variables de cuantificación -'alguno', 'ninguno', 'todo'- recorren nuestra ontología entera, cualquiera que ésta sea; y se nos hará convictos de una determinada suposición ontológica si y sólo si el supuesto aducido tiene que encontrarse entre las entidades que constituyen el campo de nuestras variables para que una de nuestras afirmaciones resulte verdadera». Willard van Orman Quine, «Acerca de lo que hay», cit., pág. 39.

16 Ver, por ejemplo, Jeremy Bentham, *Fragmento sobre* el *Gobierno,* cit. pág. 126 nota y Jeremy Bentham, *Of Laws in General* cit., págs. 251-2.

17 Conviene anotar unas palabras de W. V. O. Quine, al respecto del uso de 'significa': «Aquí también vale la pena recordar que las paráfrasis no pretenden alcanzar sinonimia. Sólo coordinan los usos de varias teorías con sus diversas ventajas... 'Significación auténtica' o 'significación verdadera' no son más que modos intuitivos de hablar». Willard van Orman Quine, «Filosofía y decisión óntica». (Versión castellana de Manuel Sacristán), en Javier Muguerza (comp.), *La concepción analítica de la filosofía,* cit., pág. 570.

18 Así era entendida la *qualitas moralis ad agendum* por H. Grocio y S. Pufendorf, como refiere en un contexto semejante al nuestro K. Olivecrona. De todas maneras no me parece que Olivecrona esté en lo cierto cuando dice que estos enunciados son para Bentham «fanciful expressions». Bentham afirma que las expresiones de este tipo son indispensables para la ciencia jurídica y por ello ideó el método de la paráfrasis. Como ya he apuntado, que la expresión 'obligación' no sea un nombre de ninguna manera significa que las expresiones en que aparezca dicha palabra carezcan de significado. El análisis de Olivecrona en términos de hechos institucionales tampoco me parece adecuado. Karl Olivecrona, «Bentham's 'Veil of Mystery'», *Current Legal Problems,* 31 (1978), págs. 230-6.

Muy parecida consideración a ésta que yo hago puede hallarse en M. H. James, «Bentham on the Individuation of Laws», en M. H. James (ed.), *Bentham and Legal Theory, Northern Ireland Legal Quarterly,* Belfast, 1973, pág. 93.

Los realistas escandinavos solían atribuir a Bentham, equivocadamente a mi juicio, la opinión según la cual las obligaciones y los derechos no existen y por tanto cualquier expresión en que estas palabras aparecieran no tenía sentido (véase la crítica de

El análisis de Bentham presta una atención especial a las obligaciones. Se ocupa de ello en múltiples lugares de sus obras. Empezaremos con un pasaje de *Of Laws in General* que me parece fundamental a este respecto:

«Un acto es una entidad real; una ley es otra. Un deber y obligación es una entidad ficticia concebida como resultante de la unión de las dos anteriores. Una ley ordenando o prohibiendo un acto crea de ese modo un deber u obligación» [19].

En la primera parte del texto citado, después de afirmar que las leyes y los actos son entidades reales, Bentham afirma que una obligación es concebida como la unión resultante de estas dos entidades reales. Este análisis sugiere que *1* significa

3 Existe una ley que obliga a *z* a hacer A y existe el acto de *z* haciendo A.

Este parece un camino inadecuado, pues nos conduciría a negar que *z* tuviera la obligación de hacer A en el supuesto que *z* no hiciera A (por las razones que fuera).

Sin embargo, en la segunda parte del texto anterior, que parece una explicación de la primera parte, su análisis sugiere que *1* significa

4 Existe una ley que obliga a *z* a hacer A

En *4* ya no tenemos, como en *3*, una inclusión del acto objeto de la obligación. Asumiremos este último camino de análisis (una vez señalada la ambigüedad del texto) por parecernos más adecuado.

Es preciso señalar que *1* es una oración ambigua, susceptible de dos interpretaciones. Una deóntica, como una oración indicativa acerca de una oración prescriptiva, y otra prescriptiva [20].

La paráfrasis *4* es, como puede apreciarse, una interpretación deóntica. El análisis de *1* mediante una interpretación prescriptiva está ausente en Bentham.

A. Ross a A. V. Lundsted, a L. Duguit y a J. Bentham; Alf Ross, *TûTû*, (traducción de Genaro R. Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 21). Ésta era la opinión de los realistas escandinavos en un principio y, cuando la abandonaron, no se percataron que Bentham nunca la había mantenido.

Además el primigenio análisis de la expresión 'obligación' de los realistas escandinavos pone de manifiesto que dicha expresión nada denota y nada significa, pero que su preferencia causa determinados efectos psicológicos en la gente. Dicho análisis también se halla ya en Bentham. Lo denomina 'archetypation' y dice, cuando lo aplica a la expresión 'obligación'; «La imagen emblemática o arquetípica, es la de un hombre acostado con un cuerpo pesado presionando sobre él». Jeremy Bentham, *The Theory of Fictions*, cit., pág. 90.

19, Jeremy Bentham, *Of Laws in General*, cit., pág. 293-4.

20 Esta ambigüedad fue claramente evidenciada por G. H. von Wright:

«Como sabemos, las sentencias deónticas en el uso corriente exhiben una ambigüedad característica. Algunas veces se usan como formulaciones de normas. Llamaremos a esto su uso prescriptivo. Otras veces se usan para hacer lo que llamamos enunciados normativos. Llamamos a esto su uso descriptivo. Cuando se usan descriptivamente, las sentencias deónticas expresan lo que llamamos proposiciones-norma. Si las normas son prescripciones, las proposiciones-norma indican que tales y tales prescripciones 'existen', es decir, han sido dadas y están en vigor». Georg Henrik von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*, (traducción de Pedro García Ferrero), Ed. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 145.

Para clarificar este análisis me referiré al concepto de ley que Bentham tiene. Bentham distingue dos tipos de leyes completas: ley primaria o principal y ley secundaria o subsidiaria.

La ley primitiva tiene varias partes. Ahora nos interesan la parte *directiva* y la parte *sancionadora* (un tipo de parte incitativa, según Bentham). La parte directiva es una expresión completa de la voluntad, una obligación o una prohibición. La parte sancionadora es la expresión de un acto del entendimiento, una predicción, la expresión de una creencia según la cual si no se cumple la obligación de la parte directiva ocurrirá una sanción [21].

Bentham añade que la ley primaria sería ineficaz, si no fuera acompañada de una ley secundaria, también llamada punitoria, la ley secundaria es aquella que obliga (al juez, habitualmente) a castigar a *z* si no hace A.

La ley primaria y la ley secundaria son leyes completas. Son «dos leyes distintas, y no partes de una y la misma ley» [22].

Con todo ello es posible entender que *4* significa *5* V *u (u* es una ley completa primaria & la parte directiva de *u* establece: 'Todos los F tienen la obligación de hacer A') & *z* es F.

Este análisis es una paráfrasis de *4* que clarifica *1*. Ahora aparece claro que 'obligación' no es un nombre, pues queda incluido en la cita, y una parte de una cita es algo así como una sílaba. También puede comprobarse que *5* es una oración, y una oración significativa.

Esta paráfrasis ocupa un lugar preferente en el análisis de Bentham por cuanto que «de todas estas partes la única esencia es la directiva...» [23].

Mostraré, a continuación, cómo puede ser parafraseada *4* atendiendo a la parte sancionadora de una ley y atendiendo a la ley secundaria.

El siguiente texto de Bentham encabezará la presentación de esas otras paráfrasis:

«Digo imponer un *castigo,* pues sin la noción de castigo (es decir, la pena aneja a un acto, resultado de determinados motivos y de una cierta fuente) no puede existir noción alguna de deber o derecho» [24].

En este pasaje Bentham está preocupado por dar una paráfrasis de las oraciones en las que aparece 'obligación' o 'deber' que valga para los deberes políticos (jurídicos), religiosos y morales. Lo hace con la ayuda de los conceptos de sanción política, religiosa y moral. Nos dice que afirmando la existencia de un deber afirmamos la existencia, real o probable, de un even-

21 Jeremy Bentham, *Of Laws in General,* cit., págs. 134-7.

22 Jeremy Bentham, *Of Laws in General,* cit., pág. 139 y Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation,* cit., pág. 302.

23 Jeremy Bentham, *Of Laws in General,* cit., pág. 156.

24 Jeremy Bentham, *Fragmento sobre* el *Gobierno,* cit., pág. 126 nota. También en otros lugares Bentham presenta esta interpretación:

«Una obligación jurídica a hacer el acto en cuestión decimos que liga a un hombre, que le incumbe, cuando en el caso que realice el acto (...) no sufrirá pena alguna; sin embargo, en el caso que no lo realice sufrirá una cierta pena, es decir, la pena que le corresponde y en virtud de la cual (...) la obligación es creada». Jeremy Bentham, *The Theory of Fictions,* cit., pág. 39.

to externo: de un castigo. Pero los deberes se crean «mediante el castigo, o al menos, por voluntad de quienes disponen el castigo» [25], que en el caso de los deberes jurídicos es la autoridad política.

Y la voluntad de la autoridad política es expresada por la ley [26]. Por tanto, la noción de castigo hay que relacionarla con la ley [27].

Con ayuda de estas ideas podemos afirmar que la paráfrasis de *4* atendiendo a la parte sancionadora sería

6 Existe una ley completa primaria tal que según su parte sancionadora si *z* no hace A *z* será castigado [28].

La paráfrasis de *4* atendiendo a la ley secundaria sería

7 Existe una ley completa secundaria que obliga a *y* (un juez) a castigar a *z* si *z* no hace A [29].

25 Jeremy Bentham, *Fragmento sobre el Gobierno,* cit., pág. 128 nota.

26 «Una ley puede ser definida como un conjunto de signos declarativos de una volición concebida o adoptada por el soberano de un estado...». Jeremy Bentham, *Of Laws in General,* cit., pág. 1.

27 La reiterada presencia de análisis de expresiones de obligación con referencia, solamente, a la noción de sanción, en la obra de Bentham, ha inducido a algunos autores a analizar la expresión 'obligación' únicamente mediante las nociones de pena y castigo, sin referencia a la noción de ley. Pero dicha referencia está presente en la obra de Bentham, como he mostrado, por lo cual esta vía se revela unilateral y errónea, pues desconoce aspectos relevantes del análisis de Bentham. José de Sousa e Brito, «Droits et utilité chez Bentham», *L'utile et le juste. Archives de Philosophie du Droit,* 26 (1981), págs. 107-8; H.L.A. Hart, *Essays on Bentham,* cit., págs. 131-2 y Genaro R. Carrió, *Sobre el concepto de deber jurídico,* Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, pág. 16.

28 Esta interpretación de las expresiones de obligación es la que se halla en la obra de J. Austin. John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law, I,* Verlag Detlew Auvermann KG, Glashütter im Taunus, 1972, págs. 89-90.

Esta interpretación guarda cierto paralelismo con el conocido intento de H. G. Bonhert de reducir los enunciados imperativos a enunciados indicativos. H. G. Bohnert, «The Semiotic Status of Commands», *Philosophy of Science,* 12 (1945), pág. 302. Ver también Richard M. Hare, *El lenguaje de la moral,* (traducción de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1975, págs. 18-19.

29 Es necesario hacer una precisión respecto a las paráfrasis *6* y *7.* Bentham reconoce la posibilidad de existencia de unas leyes, que denomina «Laws in principem», las cuales obligan al Soberano y, según Bentham, están soportadas por las sanciones auxiliares (morales y religiosas). Las expresiones de obligación referidas a estas leyes no pueden ser parafraseadas como *6* y *7.* En este caso no existe ninguna parte sancionadora prediciendo una sanción, ni ninguna ley secundaria que obligue a ningún juez a castigar al Soberano si no hace A. Jeremy Bentham, *Of Laws in General,* cit., págs. 64-70.

Este supuesto excepcional es el que lleva a Bentham a afirmar que una ley completa «puede consistir meramente de una parte directiva sin una iniciativa: lo que ocurre en el caso que no habiendo leyes subsidiarias pertenecientes a ella, toda la fuerza depende de la que se deriva de las sanciones auxiliares». Jeremy Bentham, *Of Laws in General,* cit., pág. 156.

J. H. Burns, M. H. James y K. Olivecrona se manifiestan en el mismo sentido. J. H. Burns, «Bentham on the Sovereignty: An Exploration», in M. H. James (ed.), *Bentham and Legal Theory, cit.,* págs. 141-2; M. H. James, «Bentham and Legal Theory, cit., págs. 141-2; M. H. James, «Bentham on the Individuation of Laws», cit., pág. 96 y Karl Olivedrona, «The Will of the Sovereign: Some Reflections on Bentham's Concept of 'a Lax'», *The American Journal of Jurisprudence,* 20 (1975), pág. 101.

Conviene señalar que, según Bentham, las leyes secundarias son a su vez primarias. «Hay dos clases de leyes: unas de las cuales son completamente principales sin ser subsidiarias; las otras son subsidiarias y principales a la vez» [30]. Por lo que, en rigor, *7* sería la paráfrasis conforme a la parte directiva de la ley secundaria, y ésta tendría también una parte sancionadora que predeciría una sanción a *y* si no castigara a *z,* y otra ley subsidiaria que establecería la obligación de *y'* de castigar a *y* si no castigara a *z;* y así sucesivamente.

Bentham añade, además, que la ley secundaria «incluye en su verdadera esencia a la primaria» y que la ley primaria implica una ley secundaria [31].

Con lo cual resulta que para Bentham *5, 6* y *7* no son en realidad paráfrasis diferentes de las expresiones que contienen la palabra 'obligación'. Según Bentham *5* y *6* implican *7* y *7* incluye *5* y *6.* Incluso *6,* paráfrasis conforme a la parte sancionadora, puede incluir *5* y *7,* pues Bentham dice que para mandar a los hombres que no cometan asesinatos (parte directiva) y mandar al juez que imponga sentencia de muerte a los asesinos (ley secundaria) es suficiente con una ley que establezca «el que cometa asesinato será castigado a la pena de muerte» [32].

En este punto se manifiesta, con claridad, la concepción idealista del derecho que Bentham profesa. La ley, para él, a pesar de lo que indicaba en el pasaje con el que dábamos paso a las paráfrasis *3* y *4,* no es una entidad real, sino ideal [33]. La conclusión que de ello se extrae es que si la ley es una entidad ideal (abstracta) deberá ser eliminada mediante paráfrasis, y esto nunca lo hizo Bentham. Su análisis queda oscurecido por su concepción idealista de la ley. Esta es la razón, precisamente, de su adscripción al

D. Lyons apunta una pertinente consideración, válida para las paráfrasis *6* y *7,* cuando afirma que en la noción de ley no se incluye el acto de castigar sino la noción de dicho acto, no la pena sino la noción de la posibilidad de dicha pena». David Lyons, «Logic and Coercion in Bentham's Theory of Law», *Cornell Law Review,* 57 (1972), págs. 340.

30 Jeremy Bentham, *Of Laws in General,* cit., pág. 141.

31 Jeremy Bentham, *Of Laws in General,* cit., pág. 142 y Jeremy Bentham, *An Introduction fo the Principles of Morals and Legislation,* cit., pág. 303. El paralelismo con H. Kelsen, en este aspecto, es notorio. Aunque H. Kelsen denomina norma primaria la que va dirigida a los jueces (denominada por Bentham ley secundaria), y norma secundaria la que Bentham llama ley primaria o principal. Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho,* (traducción al castellano de la 2.ª edición alemana por Roberto J. Vernengo), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981, págs. 129-130.

32 Jeremy Bentham, *Of Laws in General,* cit., pág. 143.

33 «¿Qué es una ley? ¿Qué partes tiene una ley? El tema de esta cuestión, debe observarse, es *lógico, ideal,* completamente *intelectual,* no físico: la ley y no la disposición (statute)... Por la palabra ley entonces ,..., significamos el objeto ideal, del cual la parte, el todo, o el múltiplo, o un conjunto de partes, todos y múltiplos tomados a la vez, es exhibido por una disposición; no la disposición que lo exhibe». Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principies of Morals and Legislation,* cit., pág. 301.

J. Raz al ocuparse de la obra de Bentham señala también este aspecto: «Las leyes continúan siendo contempladas como entidades abstractas no-lingüísticas». Joseph Raz, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System,* Clarendon Press, Oxford, 1978, pág. 55.

idealismo jurídico, más concretamente al iuspositivismo, que es la doctrina idealista que rechaza el iusnaturalismo [34].

Podemos, todavía, plantear el problema de si el método de la paráfrasis no podría ser aplicado, también, a expresiones que (supuestamente) se refieren a obligaciones naturales (entiendo, aquí, obligaciones naturales en el sentido de obligaciones no positivas) u otras expresiones declaradas entidades fabulosas por Bentham. El iusnaturalismo ha entendido, habitualmente, estos enunciados como sinónimos de la siguiente expresión

8 V *x (x* es la obligación (natural) de hacer A & *z* tiene *x)*

Pero con el método de la paráfrasis podrían ser entendidas como

9 Existe una ley (natural) que obliga a *z* a hacer A

Así es como parecen entender algunos pensadores actuales las obligaciones llamadas morales (no positivas) [35].

La diferencia entre *9* y *4*, si hemos de hacer caso a Bentham cuando sugiere que la ley es una entidad real, es que *9* postula la existencia de una ley natural; en cambio *4* postula la existencia de una ley positiva. *9* afirma la existencia de una cuasiproposición (independiente de la actividad humana) y *4* afirma la existencia de una entidad lingüística. Por lo tanto, la diferencia entre *9* y *4* es que *9* es falsa y *4* puede ser verdadera. Las oraciones como *9* son siempre falsas, las oraciones como *4* son verdaderas, a menudo. Parafrasear oraciones que (supuestamente) se refieren a entidades fabulosas es inútil pues devienen siempre falsas. Se trata de una consecuencia parecida a lo que ocurre en la teoría de las descripciones de B. Russell, según la cual cuando la descripción no alcanza a especificar algo, hace su contexto sentencial inmediato uniformemente falso, como señala W. V. O. Quine [36].

Esto es lo que parece querer expresar Bentham cuando, refiriéndose a las normas del derecho natural, dice: «... son absolutamente vacías de significado, al menos de todo significado que no conduzca a expresar proposiciones que son manifiestamente falsas» [37].

Cuando Bentham afirma, refiriéndose a estas entidades fabulosas del derecho natural (sobre todo respecto a los derechos naturales), que son «sonidos sin significado», «disparates sobre zancos», «círculos cuadrados», «cuerpos incorpóreos» [38], quiere decir, sencillamente, que no existen. Algu-

34 Rafael Hernández Marín, «Dogmática y Sociología Jurídica: Sobre la ontología del conocimiento jurídico», en Santiago Mir (ed.), *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, pág. 38.

35 D. Lyons dice, por ejemplo, «Yo considero que, cuando decimos que alguien tiene (o está bajo) una obligación moral, significamos, generalmente, que hay una razón moral significante para comportarse de una cierta forma». David Lyons, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, pág. 209. Así una oración como '*z* tiene una obligación (moral) de hacer A' es entendida como 'Existe una razón moral significante que obliga a *z* a hacer A'. Esta razón moral significante es, a menudo, entendida como una cuasi-proposición (independiente de la actividad humana) de manera parecida a como entiende el iusnaturalismo las normas del derecho natural.

36 Willard van Orman Quine, «Existencia y cuantificación», cit., pág. 132.

37 Jeremy Bentham, *A Comment on the Commentaries*, cit., pág. 37.

38 Ross Harrison, *Bentham*, cit., pág. 104.

nas de sus frases sugieren que su análisis es parecido al realizado en *9*. No existen porque se refieren a leyes naturales inexistentes. «... un derecho (subjetivo)... es el hijo de la ley..., un derecho natural es un hijo que nunca tiene padre», «de las leyes *reales* devienen derechos *reales:* de las leyes *imaginarias* devienen derechos *imaginarios*», y todavía «la sombra de una pared no es una pared..., de lo que es falso sólo puedes obtener lo que es falso» [39].

Esta me parece la posición más compatible con sus afirmaciones. Si él mantuviera que son oraciones mal formadas sintácticamente, como sugieren algunas de las metáforas antes referidas, no podría afirmar tampoco la inexistencia de esas entidades fabulosas, obligaciones naturales y derechos naturales, o no podría decir que *9* es falsa [40].

39 Ross Harrison, *Bentham* cit., págs. 81 y 103 y Jeremy Bentham, *The Theory of fictions,* cit., pág. 121.

40 R. Harrison sugiere algo semejante con la siguiente afirmación:

«Los enunciados acerca de derechos legales pueden ser verificados; los enunciados acerca de derechos naturales no pueden ser verificados». Ross Harrison, *Bentham,* cit., pág. 82.

FICCIONES JURÍDICAS

La expresión 'ficción jurídica' puede ser entendida al menos en dos sentidos: en un primer sentido significa 'ficción legal'; en un segundo sentido significa 'entidad jurídica fingida o ficticia'.

1. *Ficciones legales*

1.1. *Definición*

La expresión 'ficción legal' se refiere a disposiciones jurídicas que con frecuencia tienen la forma 'los *F* se considerarán como *G* (o cómo no *G)'*.

El sentido que el pensamiento jurídico atribuye a las disposiciones que presentan esa forma es el de que los *F* son *G* (o no *G).* Se comprende pues que algunos autores afirmen que las ficciones legales son similares a las definiciones legales [1]. Aunque mi opinión es que las ficciones legales, al igual que las definiciones legales, son disposiciones cualificatorias, disposiciones que atribuyen la cualificación de *G* (o de no *G)* a las entidades que tengan la propiedad *F* o que pertenezcan a la clase *F* [2].

Una vez visto el género (disposiciones cualificatorias) al que pertenecen las ficciones legales, veamos cuál es su diferencia específica.

Las disposiciones cualificatorias, aunque desde el punto de vista sintáctico no se diferencien de las oraciones asertivas, no son oraciones asertivas, susceptibles de verdad o falsedad (al establecer una disposición cualificatoria, el legislador no pretende afirmar o negar nada). Y lo que vale para el

1 Harald KINDERMANN: «Der Allgemeine Teil des Sozialaesetzbuchs. Eine Kritik aus der Sicht der Gesetzgebungstheorie», en U. Klug, Th. Ramm, F. Rittner, B. Schmiedel (Hrsg): *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozessrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig,* Springer, Berlín, Heidelberg, New York, 1978, pp. 99-109, pp. 103-104. Viktor KNAPP: «Einige Fragen der Legaldefinitionen», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXVI (1980), pp. 511-533, p. 519. Dieter MEURER: «Die Fiktion als Gegenstand der Gesetzgebungslehre», en Jürgen Rödig (Hrsg.): *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung,* Springer, Berlín, Heidelberg, New York, 1976, pp. 281-295, p. 289. Jürgen RODIG: «Logik und Rechtswissenschaft», en Dieter Grimm (Hrsg.): *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften. Zweiter Band,* C.H. Beck, München, 1976, pp. 53-79, p. 77. Jürgen RODIG: «Logische Unterssuchungen zur Makrostruktur rechtlicher Kodifikate», en Jürgen Rödig (Hrsg.): *Studien...,* cit., pp. 592-611, p. 610. Jürgen RODIG: «Einige Regeln für korrektes Legal-Definieren», en Jürgen Rödig: *Schriften zur juristischen Logik,* herausgegeben von E. Bund, B. Schmiedel, G. Thieler-Mevissen, Springer, Berlín, Heidelberg, New York, 1980, pp. 323-327, pp. 323-324.

2 Por consiguiente, las ficciones no son disposiciones prescriptivas, no son mandatos. En el mismo sentido, F. Somló escribió que las órdenes o mandatos *(Befehle)* no son apropiados para las ficciones (Cfr. Félix SOMLO: *Juristische Grundlehre* [1917], Scientia, Aalen, 1973, pp. 524-525). Mientras que, en sentido opuesto, J. Ch. Gray sostuvo que la ficción en Roma era un mandato *(mandate),* una prescipción dirigida al juez, como la siguiente: «Si en el caso de que Aulio hubiese sido un ciudadano romano tal sentencia habría debido ser pronunciada, entonces pronuncia tal sentencia» (Cfr. John Chipman GRAY: *The Nature and Sources of Law* [1909], Peter Smith, Gloucester, Mass., 1972, p. 32). A mi modo de ver, una disposición legal de ese tenor no sería una ficción.

género vale también para la especie: tampoco las ficciones legales son susceptibles de verdad o falsedad [3].

Sin embargo, las ficciones legales tienen, al igual que todas las disposiciones cualificatorias, forma asertiva. Y la diferencia entre las ficciones legales y las restantes disposiciones cualificatorias se halla en el hecho de que si esas oraciones formalmente asertivas, que llamamos 'ficciones legales', fuesen consideradas como auténticas aserciones, susceptibles de verdad o falsedad, serían oraciones patentemente falsas, incluso, en algún caso, contradictorias.

1.2. Ficciones y remisiones

A. *La ficción del concebido como nacido*

Como ejemplo típico de ficción legal se suele mencionar la disposición, que voy a llamar *FL*, que establece que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables.

Según una posible interpretación, el sentido de esta disposición sería el siguiente:

> (1) Si *x* es concebido y *d* es una disposición jurídica que se refiere (en su supuesto de hecho o en su consecuencia) a los nacidos y el efecto de *d* (previsto en su consecuencia) es favorable para *x*, entonces *d* se refiere a *x*.

Obsérvese, antes de seguir adelante, que si el consecuente de (1), '*d* se refiere a *x*', es sustituido por '*x*, es nacido', la interpretación resultante sería errónea. Pues supongamos una serie de disposiciones, $d_1 ... d_n$, que se refieren a los nacidos, y tales que el efecto de la disposición d_1 es favorable para los concebidos, mientras que los efectos de las restantes disposiciones $d_2 ... d_n$ son desfavorables para los mismos. Conforme a la interpretación alternativa que acaba de ser sugerida, la disposición *FL* que estamos interpretando calificaría como nacidos a todos los concebidos siempre que exista una disposición *d*, referente a los nacidos, y cuyo efecto sea favorable para los concebidos. Por otra parte, en el supuesto imaginado, existe efectivamente una disposición jurídica d_1, referente a los nacidos, y cuyo efecto es favorable para los concebidos. Por consiguiente, conforme a esta interpretación de *FL*, un individuo *x* concebido sería, según *FL*, nacido. Y, si se sostiene que dicho individuo *x* es nacido, entonces habrá que sostener también que las disposiciones $d_2 ... d_n$ (referentes a los nacidos y cuyos efectos son desfavorables para los concebidos) se refieren también a *x* (en contra, por así decirlo, de lo que persigue con *FL*).

No pretendo que (1) sea la única manera correcta de entender *FL*. Pero sí creo, en primer lugar, que dicha interpretación es plausible; pues, entendida de esa manera, la disposición *FL* sirve a la finalidad atribuida tradicionalmente a las ficciones, a saber: la de conseguir la aplicación de una norma

3 En cambio, afirma que las ficciones del legislador o del juez son falsedades Lon L. FULLER: *Legal Fictions*, Stanord University Press, Stanford, California, 1967, p. 9.

ya existente a un caso nuevo [4], la de vincular una disposición a una realidad distinta de aquella a la que la disposición se refiere [5]. Y afirmo también, en segundo lugar, que, a la luz de la interpretación anterior, *FL* aparece como una ficción legal, conforme a la definición de ficción legal antes ofrecida, es decir, como una disposición cualificatoria que, en el caso de ser considerada como una auténtica aserción, sería una oración asertiva patentemente falsa.

La peculiaridad de *FL* (bajo esta interpretación) frente a otras ficciones legales consistiría entonces en que en *FL* se finge, vamos a decirlo así, que ciertas disposiciones legales tienen una propiedad (la propiedad de referirse a ciertos individuos), que en realidad no tienen.

B. *Remisiones*

B.A. *En un primer sentido,* una disposición legal *d* es una disposición de remisión o remisiva o, para abreviar, una remisión si y sólo si para determinar si el supuesto de hecho de *d* se refiere a un caso *c* es necesario consultar otra disposición *d'*.

Una disposición legal que sea una remisión en el sentido anterior puede ser tanto una disposición prescriptiva, como una disposición cualificatoria. Ejemplo de remisión (en el primer sentido) prescriptiva es el número 1.º del artículo 550 de nuestro Código Penal, a tenor del cual los que cometieran cualquiera de los delitos comprendidos en el artículo anterior, si el valor del daño causado no excediere de 250.000 pesetas, serán castigados con la pena de prisión menor. Ejemplo de remisión (en el primer sentido) cualificatoria es el número 2.º del artículo 73 de nuestro Código Civil, que establece que el matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48, es nulo.

Resulta así evidente que, entendidas en este primer sentido, las remisiones no tienen nada que ver con las ficciones legales, pues éstas son siempre, como hemos visto, disposiciones cualificatorias. Esta observación va dirigida contra la opinión difundida que aproxima las ficciones a las remisiones, sin más, esto es, sin distinguir diferentes tipos de remisiones legales [6].

B.B. *En un segundo sentido,* una remisión legal es una disposición, cuya consecuencia dice: 'regirá lo dispuesto en...', 'se observará lo dispuesto en... ', 'se estará a lo dispuesto en...', 'es aplicable lo dispuesto en...', 'se aplicará lo dispuesto en...', etc., ocupando el lugar de los puntos suspensivos el nombre

4 Son palabras de Ernst Rudolf BIERLING: *Juristische Prinzipienlehre. Erster Band* [1894], Scientia, Aalen, 1961, p. 102.

5 Cfr. Félix SOMLÓ: *op. cit.* (nota 2), p. 525, y Dieter MEURER: *op. cit.* (nota l), p. 284.

6 Esta opinión fue ya formulada, respecto a las ficciones en Derecho romano, por Demelius y por Ihering (Cfr. Dieter MEURER: *op. cit.* (nota l), p. 283. Véase también la misma tesis en: Rudolf STAMMLER: *Theorie der Rechtswissenschaft [1911], Buchhandlung des Waisenhauses, Halle a.d.S., 1923, p. 201; Félix SOMLÓ: op. cit.* (nota 2), p. 526; Karl LARNZ: *Metodología dela ciencia del derecho,* traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1980, pp. 255,257. También en los pasajes de H. Kindermann, D. Meurer y en los dos primeros de J. Rödig, citados en la nota 1, aparece la misma tesis.

o los nombres de una o más disposiciones legales (al igual que en el caso de las remisiones en el primer sentido, dejo al margen las disposiciones que se remiten a los usos o costumbres).

Parece que el sentido de estas disposiciones es que para ciertos supuestos s la consecuencia es la misma que se establece en otras disposiciones $d_1 ... dn$ para otros supuestos $s_1 ... sn$; o también: que (los supuestos de hecho de) las disposiciones $d_1 ... d_n$ (Que se refieren a los supuestos $s_1 ... s_n$, y no a los supuestos *s)* se refieren a los supuestos *s*.

Bajo esta interpretación, una remisión legal *RL* en el segundo sentido sería similar a la anterior disposición *FL*, relativa a los concebidos; pues también en ella, en *RL*, se finge que cierta(s) disposición(es) tiene(n) una propiedad (la propiedad de referirse a ciertos supuestos), que en realidad no tiene(n).

Y, si esta interpretación fuera generalizable a todas las remisiones en el segundo sentido, entonces sería verdad, no sólo que algunas ficciones son remisiones (como suele sostenerse), o, lo que es lo mismo, que algunas remisiones son ficciones, sino incluso que todas las remisiones (en el segundo sentido) son ficciones.

Para finalizar este apartado dedicado a las remisiones legales, señaláré que hay disposiciones legales que son remisiones en los dos sentidos expuestos. Este es el caso del artículo 391 de nuestro Código Civil, que establece que en los casos de los dos artículos anteriores, si el edificio o árbol se cayere, se estará a lo dispuesto en los artículos 1.907 y 1.908.

2. *Entidades jurídicas fingidas o ficticias*

Para los amantes de los parajes desérticos, como diría W.V. Quine, el universo jurídico es un universo superpoblado. El Derecho natural, los principios jurídicos, los principios generales del Derecho, el Derecho consuetudinario (integrado por las normas que «brotan» de, o se manifiestan en las costumbres, en regularidades de comportamiento social), el *common law* (integrado por las reglas que «surgen» de, o aplicadas por, las decisiones judiciales), los derechos subjetivos (humanos o no), las obligaciones o deberes, la voluntad o intención del legislador, los juicios de valor del legislador, la voluntad de la ley, la función de la norma, etc., pueblan dicho universo.

En mi opinión, sin embargo, nada de eso existe. De ahí que pueda decirse, desde mi punto de vista, que todas esas entidades son entidades jurídicas fingidas o ficticias.

Esta fue también la opinión de los realistas (americanos y escandinavos) y, anteriormente, de J. Bentham. Pero, mientras los realistas metían en el mismo saco todas las entidades jurídicas ficticias, Bentham tuvo la gran idea de distinguir dos tipos de tales entidades: unas, como el Derecho natural, la razón natural, la justicia natural, la equidad, etc., que deben ser absolutamente eliminadas del pensamiento jurídico, y otras, como derechos, obligaciones, competencias, etc., que deben ser eliminadas mediante paráfrasis [7] (no cabe, sin embargo, acusar a los realistas de ignorar las obras de

7 Jeremy BENTHAM: *A Comment on the Commentaries. A Criticism of William Blackstone's Commentaries on the Law of England,* Scientia, Aalen, 1976, Section II. Je-

Bentham; pues aunque éste murió un siglo antes del auge de los movimientos realistas, la más significativa obra de Bentham para esta cuestión, *The Limits of Jurisprudence Defined*, no fue publicada por primera vez hasta 1945).

He dicho que la distinción anterior fue una gran idea de Bentham. Pero, la verdad es que en ésta como en otras muchas cuestiones es difícil saber cuál era el pensamiento de este perspicaz e inquieto filósofo. Por esta razón, quizá fuera más correcto decir que la mencionada distinción, que puede vislumbrarse en las obras de Bentham, me sugiere las siguientes observaciones, que me parecen muy importantes.

En el lenguaje jurídico existen nombres que no designan nada, que carecen de referencia; las (supuestas) entidades (supuestamente) aludidas por dichos nombres no existen. Los juristas deben convencerse de ello y dejar de afirmar o presuponer que dichas entidades existen; deben dejar de utilizar esos nombres. De este modo, esas entidades desaparecerán, de forma natural, del universo jurídico.

Mas, junto a esos nombres, existen expresiones que sólo aparentemente son nombres, y crean la ilusión de que existen entidades denotadas por las mismas. Esas supuestas entidades también desaparecen de modo natural, tan pronto como realizamos una paráfrasis de los enunciados que contienen esos aparentes nombres y sustituimos dichos enunciados por otros enunciados sinónimos, en los que los supuestos nombres han sido eliminados.

Por ejemplo, sea la oración.

(1) Los mayores de 18 años tienen la obligación de votar.

La expresión «la obligación de votar» ocupa en (1) el lugar de un nombre o término: si sustituimos en (1) la mencionada expresión por un nombre, tal como 'vehículos de motor' o 'el mentón saliente', formaríamos oraciones significativas (al margen de su verdad o falsedad). Surge así, de forma espontánea, la creencia de que también 'la obligación de votar' es un nombre; y, posteriormente, la creencia de que hay algo que es la obligación de votar.

Sin embargo, esa supuesta entidad, la obligación de votar, va a desaparecer por sí sola, en cuanto realicemos una paráfrasis de (1) y sustituyamos (1) por un enunciado sinónimo, en el que el supuesto nombre, 'la obligación de votar', ha sido eliminado. En realidad (l), es ambiguo (al ser considerado fuera de contexto), y por ello es necesario hacer dos paráfrasis de (1).

1.ª paráfrasis: Obligatorio votar para los mayores de 18 años; o bien:

Los mayores de 18 años deben ser votantes.

El nombre supuesto, 'la obligación de votar', ha desaparecido en la 1.ª paráfrasis; en ella no hay más nombres o términos que 'los mayores de 18 años' y 'votar' o 'votantes'. 'Obligatorio' es lo que los lógicos llaman un «operador (normativo)» y no es un hombre (quizá valga como prueba de que 'Obligatorio' no es un nombre el hecho de que, mientras la 1.ª paráfra-

remy BENTHAM: *Of Laws in General*, edited by H.L.A. Hart, University of London, The Athlone Press, London, 1970, pp. 251-252, 294-295. Véase una interpretación similar del pensamiento de Bentham en James STEINTRAGER: *Bentham*, George Allen & Unwin, London, 1977, p. 27.

sis es una oración (directiva o prescriptiva), si en ella sustituimos 'Obligatorio' por un nombre, el resultado no sería una oración, sino una expresión mal formada). Y 'deben ser' tampoco es un nombre, sino una especie de cópula, similar a 'son'.

2.ª paráfrasis: Existe una disposición (jurídica) que establece o es sinónima de 'los mayores de 18 años tienen la obligación de votar'; o: Existe una disposición (judicial) que establece o es sinónima de 'obligatorio votar para los mayores de 18 años'; etc.

También en la 2.ª paráfrasis el nombre aparente, 'la obligación de votar', ha sido eliminado. En ella no hay más nombres o términos que 'disposición (jurídica)', el predicado (aquí diádico) 'es sinónimo de' y la cita o expresión comillada, o sea, el todo formado por las comillas simples y lo que hay comprendido entre ellas. El grafismo 'la obligación de votar', que aparece en la 2.ª paráfrasis, no es más que una parte de un nombre, una parte de la cita; es, como diría G. Kalinowski, algo parecido a una sílaba [8].

Se comprueba entonces que, una vez que realizamos las oportunas paráfrasis de (l), desaparece el aparente nombre 'la obligación de votar', y nada induce a creer en la existencia de una entidad que sea la obligación de votar. De este modo, la entidad jurídica ficticia desaparece por sí sola.

> Los realistas escandinavos sustuvieron acertadamente que no hay nada que sea la obligación de votar. Mas de esta tesis dedujeron erróneamente dos tesis falsas. La primera, que la expresión 'la obligación de votar' carece de sentido (el error aquí consiste, dicho en términos usuales, en confundir el sentido con la referencia). Y, aunque fuera cierto que la expresión 'la obligación de votar' carece de sentido, no se puede deducir de ello, como hicieron los realistas, que las expresiones, como (l), en que dicha expresión aparece también carecen de sentido (1) no sólo tiene sentido, sino incluso es ambigua, como hemos visto (esta segunda tesis de los realistas también es falsa, porque hay muchas expresiones que por sí solas carecen de sentido, por ejemplo, 'por', 'entonces', 'que', 'de', y por ello carecen también de sentido las expresiones en que aquellas expresiones aparecen [9]

Para finalizar añadiré que, respecto a algunas entidades jurídicas ficticias, *su status fictionis* es dudoso, o varía de autor en autor. Por ejemplo, supongamos la oración

> (2) En la disposición *d* la intención del legislador es disminuir el número de parados.

[8] Cfr. Georges KALINOWSKI: *Querelle de la science normative (Une contribution à la théorie de la science)*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1969, pp. 88-90, y notas 10 y ll.

[9] Véase observaciones similares en Alan R. WHITE: Rights, Clarendon Press, Oxford, 1984, pp. 2-5, y en mi trabajo «Derecho subjetivo: análisis lógico de un tema de doctrina general del derecho», en José Iturmendi Morales y Jesús-Lima Torrado (Comp.): *Estudios de filosofía del derecho y ciencia jurídica en Memoria y Homenaje al Catedrático don Luis Legaz y Lacambra (1906-1980)*, Centro de estudios constitucionales, facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 485-520, pp. 510, 514-515 (en este artículo, escrito (en 1978) antes de conocer las obras de Bentham, puse en práctica su técnica de la paráfrasis, para eliminar los derechos subjetivos del universo jurídico, oponiéndome así a las opiniones defendidas a este respecto por los realistas escandinavos, quienes sostenían que las expresiones de derecho subjetivo carecen de sentido).

La entidad jurídica ficticia con que aquí nos topamos, la intención del legislador, pude ser eliminada mediante una paráfrasis como la siguiente:

(2.ª) Los que establecieron *d* tenían la creencia de que la creación de *d* tendría como resultado la disminución del número de parados y ellos deseaban ese resultado.

Para aquellos autores que entienden (2) en el sentido establecido en (2.ª) o en otra paráfrasis más o menos próxima a (2.ª), 'la intención del legislador' no es un nombre de nada; no es más que una manera cómoda de hablar. Para ellos, la entidad ficticia la intención del legislador desaparece tan pronto como se realiza la paráfrasis.

Pero algunos autores, como Ph. Heck, han escrito que, cuando hablan de la voluntad del legislador, no pretenden referirse a la voluntad psíquica, empírica, sino a la «voluntad normativa» (utilizo las palabras del propio Heck [10]. Estos autores rechazarían cualquier paráfrasis de (2) en términos parecidos a (2.ª). Para ellos, 'la voluntad (intención) del legislador' es realmente un nombre, un nombre de una entidad existente, no en el mundo empírico, sino en el mundo normativo, o sea (para estos autores), en el mundo de las ideas. En estos casos, la única manera de que la entidad jurídica ficticia desaparezca del universo del jurista es que él mismo se convenza de que dicha entidad no existe y deje de usar aquel nombre.

10 Philipp HECK: «Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz», en *Archiv für civilistische Praxis* 112 (1914), pp. 1-313, p. 8; cfr. también pp. 50, 70, 111. Véase también: Heinrich STOLL: «Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessen jurisprudenz» [1931], en Günter Ellscheid und Winfried Hassemer (Hrsg.): *Interessen jurisprudenz*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1974, pp. 153-210, p. 165; Heinrich STOLL: «Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre», en *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 76* (1926), pp. 134-206, pp. 164-165.

LA FICCIÓN DE LA AUTOSUFICIENCIA EN LOS SABERES JURÍDICOS FUNDAMENTALES

1

La ficción de la autosuficiencia y las ciencias jurídicas básicas

Las ciencias jurídicas básicas son la ciencia formal del Derecho, la ciencia social del Derecho y la ciencia filosófica del Derecho.

Esos saberes fundamentales sobre lo jurídico son ciencias en el sentido de que representan un conjunto ordenado de definiciones, clasificaciones y proposiciones sobre relaciones pertenecientes al Derecho.

Eso es lo que tales saberes tienen en común y lo que les debería dotar de una interdisciplinariedad próxima, pues todas esas ciencias son ciencias de lo jurídico. Éste es por consiguiente *interdisciplinar*, en la acepción de algo existente entre disciplinas, o sea, relativo a varias disciplinas (en ese sentido, el diccionario «Der Grosse Duden, Band I», Bibliographisches Institut Manheim, 1973).

Sin embargo, la interdisciplinariedad entre las ciencias básicas del Derecho se ha desarrollado, de hecho, de forma penosa, en virtud de una arraigada actitud o de formalismo, o de sociologismo, o de filosofismo, a propósito de lo jurídico.

Esa actitud enfáticamente autosuficiente ha impedido, al mismo tiempo, una interdisciplinariedad más amplias: por ejemplo, entre ciencia formal del Derecho, por un lado, y sociología general, y demás ciencias empíricas, por otro; o entre estas últimas y saberes aplicados relativos a formas normativas; o entre ciencia, formal o social, del Derecho y filosofía general, o entre esta última y saberes aplicados y relativos a formas normativas o a contenidos sociales de lo normativo.

Puede entenderse por ficción algo imaginario construido con base en algo real. Partiendo de ello, la mencionada actitud enfática de autosuficiencia, o de formalismo, o de sociologismo -aunque fundamentada en la distinción entre forma y contenido, que encuentra correspondencia en la realidad- es ficticia al tender a aislar forma y contenido, en disonancia con la realidad jurídica (donde no se separan).

Esa actitud de autosuficiencia es, también, por consiguiente, una de las ficciones en el Derecho -aunque se trate de una modalidad menos estudiada de lo imaginario.

También lo comprobable y lo filosóficamente no-comprobable (por métodos y técnicas de ciencia empírica) son indisociables en la realidad de la mente humana (y en los productos sociales de esa mente). Aunque lo com-

* Profesor titular de sociología Jurídica de la Universidad Federal de Pernambuco (Brasil). Doctor en Ciencias Sociales por la Universidad de Bielefeld (Alemania).

probable y lo no comprobable sean realmente distinguibles, es meramente imaginaria la tendencia a afirmar una disociación entre ellos en el hombre y en el hombre social.

La ciencia formal del Derecho es conocida usualmente como Dogmática Jurídica, denominación que parece impropia en los tiempos modernos, pues «dogmas» y «doctrinas» son expresiones más adecuadas para ciertas modalidades de pensamiento religioso que para el estudio sistemático de la forma temporal de lo jurídico. Como quiera que sea, llámese o no Dogmática Jurídica a la ciencia formal del Derecho, tal rama del saber jurídico tiende a aislar, en su trabajo de sistematización y análisis, aspectos puramente lógico-normativos del conjunto de la vida social (aunque nunca lo consiga por completo). Su procedimiento es, por tanto, considerado esencialmente lógico-normativo (en este sentido, Fechner, 1964:741 y Hirsch, 1969:877).

Según Erik Wolf, esta perspectiva del estudio jurídico aportaría una «explicación del sentido y de la conexión de sentido de las proposiciones e instituciones jurídicas particulares», dado que, para él, «es común a todas las disciplinas jurídicas» lo que llama el «método jurídico» o sea, «una técnica de aplicación normativa, cuyo núcleo es una teoría de la interpretación» (Wolf, 1961: 741 y 743).

Se observa pues, en este famoso autor, una tendencia terminológica a reducir «disciplinas jurídicas» a disciplinas formales sobre el Derecho y a reducir el «método jurídico» esencialmente a una técnica de aplicación judicial o administrativa de normas. Ya Josef Esser, aunque se refiera a la «ciencia jurídica en sentido estricto como ciencia dogmática del Derecho», destaca que ésta «necesita de una sociología jurídica» justamente porque «persigue fines prácticos», siendo «su trabajo sistematizador más bien de carácter técnico que teórico». (Esser, 1964:777).

Con Theodor Viehweg, la ciencia formal del Derecho se vuelve menos formal, al enfatizar la situación, la «necesidad de abordar discusiones extrasintácticas» (Viehweg, 1979: 101 y 103). Pero continúa existiendo en su perspectiva el apego formal a los textos jurídicos que sirven de «ayuda» (aunque se reconozca la complejidad de la situación-problema jurídico concreto); y, a pesar de que se rechace una solución de afirmaciones prefijadas, se procura un descubrimiento y una fijación fundamentalmente formales a partir de los «tópicos» o lugares comunes opinativos (Viehweg, 1979: 103 y 104).

La ciencia social del Derecho es aquella que investiga por medio de métodos y técnicas de investigación empírica (es decir, investigación basada en la observación controlada de los hechos) el fenómeno social jurídico en correlación con la realidad social. La ciencia social del derecho es actualmente, sobre todo, la Sociología del Derecho, su rama relativamente más desarrollada, aunque caben también, evidentemente, una Antropología Jurídica y cualesquiera otros saberes científico-empíricos del derecho.

Sin embargo, todo indica que esta identificación básica entre ciencia social del Derecho y sociología jurídica es sólo provisional: la Sociología del Derecho tiende a transformarse, tendiendo a una metodología relativamente específica y a constituirse en una ciencia social particular relativamente autónoma (como, por ejemplo, la ciencia económica de hoy). Y distinta, tanto de la Dogmática Jurídica, como de la Filosofía del Derecho, sólo subordi-

nada, como ciencia social particular, a la Sociología General, entendida como teoría general de lo social. La transformación efectiva de la Sociología Jurídica en ciencia social particular -ya en su aurora- dependerá tan sólo de un mayor desarrollo científico de la misma.

Adviértase que no distinguimos «Sociología Jurídica» de «Sociología del Derecho» pues, de hecho, las distinciones que a veces se presentan incurren en un cierto verbalismo por su carácter un tanto artificial (son explícitamente partidarios del uso indiferenciado de las dos expresiones, entre otros, Carbonnier, 1972:16; Treves, 1980:3). El que las investigaciones sociológico-jurídicas sean hechas por juristas o por sociólogos, no justifica una diferencia de denominación (respectivamente «Sociología Jurídica» y «Sociología del Derecho», como señala Tammelo, 1974:276). Pues, obviamente, no es esa circunstancia lo revelante, sino el que las investigaciones sean realmente científicas.

Las tareas de la Sociología Jurídica podemos dividirlas en *generales* y *aplicadas.* Constituyen ejemplos de tareas de ámbito general los estudios que investigan la composición social del Derecho, sus géneros como hecho social, la justicia y la equidad como fenómenos empíricos, así como aquellas investigaciones genéricas que se ocupan de las relaciones entre: 1) Derecho y formas coercitivas (es decir, formas de coacción posible, como la ley, la decisión judicial, la costumbre, etc.); 2) Derecho y otras formas de control social; 3) Derecho y cambio social; 4) Derecho y realidad social.

Las perspectivas para la ciencia social del Derecho aplicada son muy diversas. De hecho, estudios aplicados de Sociología del Derecho se refieren, en general, a las relaciones entre la realidad social total y las formas coercitivas (de las cuales el Derecho es, o tiende a ser, contenido): leyes, decretos, reglamentos, costumbres, decisiones judiciales, la doctrina de los juristas, tratados, convemos colectivos, etc.

Se puede aplicar también a la Sociología Jurídica Aplicada, en las sociedades civilizadas, la clasificación tradicional de los juristas, de uso común, que distingue entre materia normativa constitucional, civil, mercantil, procesal, administrativa, penal, laboral e internacional (Sociología del Derecho Constitucional, Sociología del Derecho Civil, Sociología del Derecho Penal, Sociología del Derecho Internacional, etc.).

A la ciencia filosófica del derecho le corresponde profundizar en la explicación de lo jurídico a partir del conocimiento científico-empírico y científico-formal del mismo. Es como una continuación en el proceso proposicional del saber jurídico. De esta forma, en aquel punto en que la ciencia empírica del derecho concluye sus explicaciones, por no poder ir más allá, -se inicia el trabajo que va más allá de lo investigado, ahora en vuelos más largos, más libres, no comprobados ni comprobables por métodos y técnicas de ciencia empírica.

De esta forma, la ciencia filosófica del Derecho se debe apoyar racionalmente en los datos suministrados por la ciencia social del derecho y por la ciencia formal de lo jurídico, como base inicial para su vuelo trascendente -de la misma forma que la propia ciencia empírica del Derecho no puede dejar de apoyarse en postulados metacientíficos (como los siguientes: «el mundo existe», «se puede conocer el mundo», «existe una conexión causal entre los fenómenos»).

2

La interdisciplinariedad de las ciencias jurídicas fundamentales

Hoy se puede constatar fácilmente que ciencia social del Derecho, ciencia formal del Derecho y ciencia filosófica del Derecho no se oponen, ni tienen fronteras rígidas, ni se puede pensar en sustituir a ninguno de esos saberes con ninguno de los otros. Bien entendidos, los tres saberes constituirían una unidad fundamentalmente armónica, una teoría jurídica. En verdad, el Derecho es un fenómeno social que se reviste de diversas formas de imposición (ley, costumbre, decisión judicial, etc.) y cuyo conocimiento es susceptible de mayor profundización filosófica.

Adviértase que, en rigor, no cabe simplemente atribuir a la Sociología del Derecho el hecho, a la Dogmática Jurídica la norma y a la Filosofía del derecho el valor (incluido aquí el valor «justicia») tal como frecuentemente se hace en los medios jurídicos. Ni siquiera como partes distintas de la realidad jurídica, siempre indisociablemente tridimensional.

Por el contrario, todo indica que, en rigor, norma social, hecho social y valor no deberían contraponerse en una perspectiva científica del hecho social. Durkheim define éste como «toda forma de actuar (...) susceptible de ejercer sobre el individuo una coerción exterior» (Durkheim, 1972: ll). Esto quiere decir que hecho social es igual a norma social, estando automáticamente incluido el valor en esta norma social. Cualquier valor -por ejemplo, el de la bondad- sólo es concebible, en términos de acción social concreta, como un deber ser o una norma («debes ser bueno»).

Consiguientemente, la Sociología del Derecho no puede estudiar lo jurídico como hecho social sin, al mismo tiempo, visualizarlo como norma social (que todo hecho social es) y como valor (que toda norma social implica). Una teoría sociológica y una investigación empírica sobre la justicia y el Derecho, incluso en términos transculturales (es decir, en términos válidos para todas las culturas), deberían ser contempladas como algo perfectamente natural. De esta forma, si se define transcultural y empíricamente justicia, Derecho y moral ¿no se estará capacitado para decir lo que es o no es justo, jurídico y moral?

De este modo, la ciencia social del Derecho, aunque sea una ciencia de lo normativo, está lejos de ser una ciencia normativa, lo que parecería contradictorio, mientras que la ciencia filosófica del Derecho ya no poseería la exclusividad o casi exclusividad de la perspectiva crítico-valorativa de lo jurídico. Lo que la ciencia filosófica del Derecho puede hacer, y es del todo adecuado que haga, es profundizar en las implicaciones de cualquier estudio jurídico de manera crítico-valorativa. Lo que la ciencia formal del derecho puede hacer, y es del todo adecuado que haga, es abstraer, hasta cierto punto, la realidad social contenida en las normas legales o en otras normas. Lo restante es, fundamentalmente, ciencia social del Derecho y ésta puede ser mucho más importante y crítica, incluso en una perspectiva transcultural, de lo que se reconoce generalmente.

3

La perspectiva de la anti-interdisciplinariedad en el saber sobre el Derecho: el sociologismo y el filosofismo jurídicos

El sociologismo jurídico es una exageración de la perspectiva sociológico-jurídica que, básicamente, niega valor científico a la llamada Dogmática Jurídica. Se contrapone frontalmente a la exageración del formalismo jurídico que, por su parte, sólo considera como «Ciencia del Derecho» a la Dogmática Jurídica y, así, niega que la Sociología del Derecho sea un saber «jurídico».

El filosofismo jurídico es una exageración que hace caso omiso tanto de los datos formales de la aplicación judicial o administrativa de las normas, como de los datos de la ciencia social del Derecho haciendo así caso omiso tanto de la realidad judicial y administrativa, como de la realidad social (comprobada y comprobable) del Derecho.

Con todo, si entendemos «ciencia» en sentido amplio -como conjunto sistemático de principios pertenecientes a objetos correlacionados-, tanto el saber sociológico sobre el Derecho, como el saber primordialmente formal sobre el mismo, son «ciencias»: una sociológica, y la otra primordialmente lógica, aunque no siempre lógico-formal. De esta forma, la Sociología del Derecho sería ciencia del Derecho, ciencia empírica del *contenido* social del Derecho, es decir, saber sustantivo capaz de basarse en la observación controlada de los hechos; mientras que la Dogmática Jurídica sería también ciencia del Derecho, pero ciencia formal del Derecho, es decir, saber primordialmente dirigido al tratamiento lógico de la *forma* normativa de lo jurídico. La Filosofía del Derecho sería un saber de mayor profundización de los saberes jurídicos menos comprensivos.

En verdad, aunque se ponga el énfasis sobre estudios sociológicos, o formales, o filosóficos, sobre el Derecho, no debe pensarse en oponer de forma recíprocamente excluyente Sociología del Derecho, Dogmática Jurídica y Filosofía del Derecho, que, por el contrario, no tienen fronteras rígidas y se complementan mutuamente. No podría ser de otro modo, puesto que el Derecho es, como se ha visto, un fenómeno social, que se reviste de diversas formas de imposición (ley, costumbre, jurisprudencia, etc.) y cuyo conocimiento es susceptible de una mayor profundización filosófica.

Por consiguiente, sigue siendo válido y actual el método de la Dogmática Jurídica, tradicionalmente brillante y que, aunque tiende a aislar aspectos puramente lógico-normativos del conjunto de la vida social -como método esencialmente lógico-normativo que es- nunca lo consigue por completo, puesto que lo jurídico, como bien se sabe, no es sólo lógica, sino también, y fundamentalmente, realidad social.

Justamente porque no hay barreras infranqueables entre las perspectivas sociojurídica, jurídicodogmática y filosófica, en la propia Dogmática Jurídica, a pesar de su preocupación preferentemente formal, nos encontramos, como no podía ser de otra forma, contenidos científico-empíricos y/o fundamentación filosófico-general de esos contenidos. Tampoco la *praxis* jurídica podría hoy en día, en un mundo científico-empírico y tecnológico,

nutrirse tan sólo de saberes lógico-dogmáticos y filosóficos, por imprescindibles que estos saberes sean.

Adviértase que ni siquiera un autor como Ehrlich niega la existencia de elementos científicos en la ciencia tradicional del Derecho. Escribe: «No menos importante para la Sociología Jurídica son los resultados de la Jurisprudencia Práctica ('der praktischen Jurisprudenz'). No existe ninguna doctrina técnica ('Kunstlerhre') que no inicie una ciencia, lo que también es válido para la jurisprudencia (...) La contemplación viva ('die lebendige Anschauung') de relaciones humanas de carácter jurídico, las generalizaciones de los resultados de esa contemplación y las correspondientes normas de decisión, todo ello constituye el elemento científico de la Jurisprudencia» (Ehrlich, 1929: 384 y 385).

A la vista de todo lo expuesto, el sociólogo del Derecho debería evitar frases enfáticas como la de Jorion, para quien «la sociología jurídica y la ciencia del Derecho no constituyen más que una sola y misma disciplina» (Jorion, 1967: 222), pues pronunciamientos de este tipo pueden dar la impresión de un imperialismo sociojurídico, tan criticable como el imperialismo formalista tradicional.

Por otro lado, ya no caben un filosofismo o un sociologismo autosuficientes. Erich Fechner lo ve bien: «Ninguna filosofía jurídica, si no quiere perderse en lo abstracto e irreal, puede eludir la consideración sociológica del Derecho (...) Si se aspira a aislar absolutamente la Metafísica Jurídica y la Sociología del Derecho, se destrozan sus fundamentos (...) pues se trata de perspectivas sobre un solo y mismo objeto» (Fechner, 1956: 292).

No cabe, por tanto, ninguna opción bien por la ciencia formal del Derecho, bien por la ciencia social del Derecho bien por la ciencia filosófica del Derecho, que sea excluyente de los otros dos saberes jurídicos fundamentales. Lo que es pertinente -dado que la sociedad moderna es un sistema funcionalmente diferenciado, con subsistemas autónomos en relación a su propia función (Luhmann, 1982: XII, 229-254 y *passim;* 1984: 15-29)- es la especialización del jurista teórico como estudioso preferentemente de lo formal, de lo social o de lo filosófico.

4

Un indicador terminológico fundamental del formalismo anti-interdisciplinar: la identificación entre sistemas normativos y sistemas formales normativos en el discurso dogmático

Si tanto el sociologismo como el formalismo y el filosofismo jurídicos son perspectivas igualmente unilaterales en su exclusivismo, el formalismo jurídico dispone, preponderantemente, del poder de las leyes, de los jueces y de las autoridades administrativas, de tal forma que goza de una fuerte influencia social. Y, así, se reproduce poderosamente a sí mismo a través de una educación jurídica realizada casi exclusivamente en términos formales, cuando no en términos realmente, y no sólo nominalmente, dogmáticos.

Aunque este formalismo traiga aparejado un acentuado desprestigio externo a las profesiones jurídicas, en el mundo científico-empírico y tecnológico de hoy, frente a otras profesiones que son sustantiva y modernamente

técnico-científicas, gran número de juristas -sobre todo juristas influidos por Hans Kelsen (cf., por ejemplo, Kelsen, 1974: *passim* 1986: *passim)*- continúan sosteniendo que es en lo formal donde reside la especificidad de su forma de saber. Su terminología identifica lo normativo con lo normativo-formal, y esa identificación excluyente del contenido revela un estado de espíritu anti-interdisciplinar, que se transparenta incluso cuando se admite la interdisciplinariedad.

Es típica en ese sentido la afirmación dogmática de que los sistemas normativos no tienen pretensión de verdad, sino sólo de validez. Es obvio que son los sistemas *puramente formales* los que no tienen pretensión de verdad. La afirmación no corresponde a las *normas jurídicas reales* mismas: basta recordar, por ejemplo, normas jurídicas *fundamentadas* en verdades científico-empíricas, como un reglamento sobre vacunación o una ley de fundamentación económica. No podría ser de otro modo, puesto que lo normativo real implica forma y contenido, y no sólo forma.

De esta manera, en términos reales, limitar norma a forma delatará una ideología de la predominancia de la llamada Dogmática Jurídica sobre los otros saberes jurídicos básicos que, finalmente, será una ideología del predominio de la forma sobre el contenido. Un reflejo de esa ideología es limitar básicamente la Teoría del Derecho a Teoría de la Dogmática Jurídica, con exclusión de una Teoría Sociológica del Derecho. Esta exclusión obsoleta es un residuo de épocas superadas, en la que no se había constituido una ciencia sociológica y en la que los saberes jurídicos eran solamente dogmáticos y filosóficos.

Otra cosa sería sostener que las normas jurídicas no tienen una función cognoscitiva, función que, evidentemente, *no* poseen. (cf. Luhmann, 1983: 104, Rotter, 1974:75, 103 y 104). Sin embargo, si bien las normas jurídicas no conocen, *se basan en lo conocido.*

Afirmar, de una manera dogmática, que las normas jurídicas, por su naturaleza prescriptiva, no están en el plano del ser, sino en el del deber ser, es confundir, análogamente, norma jurídica con *forma* de la norma jurídica.

Pues si un sistema prescriptivo no está en el plano del ser, no existe, ni siquiera como deber ser. Cada uno de los sistemas prescriptivos implica forma y *contenido.* Solamente la forma pura no tendría existencia real, justamente porque sería forma sin contenido (lo que es imposible, de modo absoluto).

(Trad. de Juan Ruiz Manero)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARBONNIER, Jean. *Sociologie Juridique.* París: Librairie Armand Colin, 1972.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico.* Traducción de Maria Isaura Pereira de Queiroz. Sao Paulo: Companhia Editora Nacional, 1972.

EHRLICH, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (Univeränderter Nuedruck der ersten Auflage 1913). Munchen end Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1929.

ESSER, Josef. «Rechtswissenschaft». In: *Handwörterbuch der Sotialwissenschaften, Zugleich Nenanflage des Handwörterbuchs der Staatswisens chaften.* Achter Band. Stuttgart, Tübingen, Göttingen: Gustav Fischer, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Wandenhock & Ruprecht, 1964.

FECHNER, Erich. *Rechtsphilosophie, Soziologie und Metaphysik des Rechts.* Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1956.

«Rechtssoziologie». In: *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, zugleich Neuauflage des Handwörterbuchs der Staatstissenschaften.* Achter Band. Stuttgart, Tübingen, Göttingen: Gustav Fischer, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Wandenhoeck & Ruprecht, 1964.

HIRSCH, E.E. «Rechtssoziologie». In: *Wörterbuch der Soziologie.* Herausgegeben von Dr. W. Bernsdorf. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1969.

JORION, Edmond. *De la Sociologie Juridique.* Belgique: Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, 1967.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Traducción de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

Teoria Geral das Normas. Traducción e Revisión de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

LUHMANN, Niklas. *The Differentiation of Society,* traducción de Stephen Holmes e Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982.

Rechtsssoziologie. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1983.

Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1984.

ROTTER, Frank. *Verfassung und sozialer Wandel, Studien zur systemtheoretischen rechtssoziologie.* Hamburg: Hoffmann und Campe Verlag, 1974.

TAMMELO, Ilmar. «La 'fase adulta' della Sociologia Giuridica» In: *Sociologia del Diritto.* Rivista Semestrale, 1974/2.

TREVES, Renato. *Introduzione alla Sociologia del Diritto.* Torino: Giulio Einaudi editore, 1980.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência.* Traducción de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasilia: Departamento de Imprensa acional, 1979.

WOLF, Erik. «Rechtswissenschaft». In: *Staatslexikon, Recht, Wirtschaft, Gesellschaft.* Herausgegeben von der Görres-Gesellschaft. Sechster Band. Freiburg: Verlag Herder, 1961.

ARTICULOS

RAZÓN, UTOPÍA Y DISUTOPÍA

No faltará hoy quien se pregunte, como pretende hacerlo este trabajo, si no ha llegado ya el momento de tomarnos en serio la posibilidad de hablar «sobre el no-lugar de la utopía» [1]. Y, en un cierto sentido, no parece que se requiera un gran esfuerzo para abordar en esos términos el tema de la utopía. Pues aun cuando Oscar Wilde escribió un día que «un mapa del mundo que no incluya el país de la utopía no merece siquiera la pena de un vistazo», a nadie se le oculta que la belleza de su frase se ve realzada por el hecho de encerrar una palmaria contradicción. Por el contrario, la idea del no-lugar de la utopía no encierra nada de contradictorio y hasta pudiera dar la sensación, errónea o no, de expresar una tautología. Etimológicamente hablando al menos, si no en algún sentido más profundo, lo que caracteriza a la «utopía» es, en efecto, su «falta de lugar».[2]

A semejante inspiración debió de responder, en cualquier caso, la acuñación del término por Tomás Moro en su *Utopía* de 1516. Sin perjuicio de que Moro tuviese en cuenta en su obra -pues incluye la cita en el relato del viajero Hythloday- el memorial de Américo Vespucio sobre sus viajes al Nuevo Continente e islas adyacentes, lo cierto es que compuso dicho término -tan sutil como melancólicamente- a base de los vocablos griegos *ou* y *tópos,* a traducir por «en ningún sitio», *Nowhere* en la traducción inglesa del propio siglo XVI o «no hay tal lugar», como, en el siglo XVII, traduciría Quevedo al español. Y, como es asimismo bien sabido, fue la desconfianza hacia lo que no sólo no se halla realizado en parte alguna, sino que es harto dudoso que en parte alguna pueda hallar realización, lo que en definitiva impulsó a Engels a proponer la superación del utopismo en su opúsculo *Del socialismo utópico al socialismo científico* de 1882.

El caso es, sin embargo, que la cuestión resulta un tanto más complicada que como la acabamos de pintar. Pues, según Arnhelm Neusüss, la novela política a lo Moro o la crítica del utopismo a lo Engels no son las únicas fuentes del concepto de utopía, que asimismo se alimenta de -y sirve para designar a- «ciertas intenciones relacionadas con la realización de la convivencia social». [3] Y en lo que se ha dado en llamar «el concepto intencional de la utopía» parece, en cambio, inexcusable la referencia a un *tópos* que -además de deseable- se presume asequible o, cuando menos, se está le-

1 El trabajo que sigue constituye un fragmento del capítulo VIII de mi libro *Desde la perplejidad,* Madrid, Taurus, en prensa.

2 Véase sobre este punto mi trabajo «Sobre la falta de lugar de la utopía», en J. González-C. Pereyra-G. Vargas Lozano (Eds.), *Praxis y filosofía. Ensayos en homenaje a Adolfo Sánchez Vázquez.* México-Buenos. Aires, Grijalbo, en prensa.

3 Cfr. A. Neusüss (ed.). *Utopie. Begriff und Phänomen des Utopischen,* Neuwied, 1968 (hay trad. Cast. de M. Nolla, Barcelona, 1971), Introducción, I, 3, donde el autor remite a Max Horkheimer, *Anfänge der bürgerlichen Geschichtsphilosophie,* Stuttgart, 1930 (hay trad. cast. de M. R. Zurro, Madrid, 1982), pp. 77-94.

jos de considerar por principio inasequible, por más larga y dificultosa que haya de ser la ruta que nos conduzca hasta allí. En cuanto a la alusión a la «intención», se colige de ella que -para recorrer una tal ruta- no basta con la ciencia, sino que se requiere -además, claro, de una buena dosis de paciencia- la efectiva voluntad de recorrerla. Y de ahí que en el París del 68 se popularizase -con avieso designio antiengelsiano- la sustitución de la fórmula «del socialismo utópico al socialismo científico» por la fórmula inversa «del socialismo científico al socialismo utópico», acompañada en ocasiones de otros *slogans* bastante más voluntariosos que pacientes -como el de «seamos realistas, pidamos lo imposible»- de acomodo ciertamente difícil dentro de la intención utópica. Un pensador como Ernst Bloch, sin disputa el más grande cultivador del pensamiento utópico en nuestro siglo, habría aceptado sin reservas -aun si con precisiones, ya que lo suyo no era exactamente el desenfado del Mayo francés- la inversión de la fórmula de Engels, pero rechazó siempre, con la energía de quien no estaba para bromas al respecto, que la utopía por él reivindicada tuviese algo que ver con la propuesta de fantasías irrealizables. [4] Aunque hoy por hoy no haya tal lugar, cabría decir, nada hay que presuponga en la utopía que nunca lo haya habido -el comunismo primitivo no era para Marx, comoquiera que sus críticos den en interpretar dicha hipótesis, el Jardín del Edén- ni que no lo haya de haber nunca, pues el advenimiento de la sociedad comunista en el futuro no equivalía tampoco para Marx -comoquiera, de nuevo, que sus críticos den en interpretar ese proyecto, que es por tanto en sí mismo algo más que una hipótesis teórica- a la eclosión del Quiliasmo.

Por el contrario, y desde el punto de vista de la intención que la anima, cabría afirmar que la utopía es contraria a los hechos únicamente en la medida en que aquélla entraña una preferencia moral por otros hechos, de suerte que su contrafacticidad sería perfectamente compatible con su «sed de facticidad», esto es, con la pretensión de que tengan lugar aquellos hechos en los que la utopía busca encontrar su cumplimiento. Y no hay que olvidar que una tal peculiaridad de la utopía ni tan siquiera se halla ausente de la *Utopía* de Moro, quien se permitió allí jugar con la posibilidad de hacer derivar la «u» inicial de esa palabra del prefijo griego *eu,* con lo que -más que «ningún lugar»- la utopía, o sea la *eutopía,* vendría a querer decir «un buen lugar» o lugar digno de convertirse en realidad. Pues bien, es semejante «visión eutópica» de la utopía la que parece haber entrado en crisis en los últimos tiempos, y habría que comenzar por preguntarse por qué ha ocurrido así.

Como ha señalado Karl-Otto Apel, quienquiera que en las modernas sociedades industriales avanzadas reflexione sobre la ética se enfrenta a una situación que bien cabría tildar de paradójica. De acuerdo con su descripción, la mencionada *situación paradójica* estriba en lo siguiente: «Por una parte, la necesidad de una ética universal, es decir, de una

4 En cuanto a lo primero, véase ya su caracterización del «pensamiento socialista» en *Geist der Utopie,* 2ª ed., 1923 (Gesamtausgabe, 16 vols. Francfort del Main, vol. III, 1964), pp. 293-307; y, para lo segundo, su -en cualquier caso, positiva- toma de posición ante «el movimiento estudiantil» en «Die neue Linke und die Tradition», *Abschied von der Utopie?,* ed. Hanna Gekle, Francfort, 1980, pp. 155-82.

ética que vincule a la sociedad humana en su conjunto, nunca ha sido tan acuciante como en nuestra época, caracterizada por una civilización uniforme a escala planetaria producto de las consecuencias tecnológicas de la ciencia. Por otra parte, la tarea filosófica de fundamentación racional de una ética general nunca ha parecido tropezar con tantas dificultades como en esta era científica, debido a que en ella la noción de validez intersubjetiva se halla asimismo prejuzgada por la ciencia, a saber, por la noción ciencista de una objetividad normativamente neutral o libre de valores». [5] Examinemos uno tras otro ambos aspectos de la paradoja. Quien todavía hoy se interese por ese tipo de cuestiones difícilmente negará que la época en que vivimos -presidida como en efecto lo está por una civilización científico-técnica planetariamente uniforme- hace imperiosa la *necesidad de una ética de alcance asimismo universal,* esto es, capaz de dirigirse a la humanidad considerada como un todo más bien que tales a cuales sectores de la misma ideológicamente escindidos entre sí, cuyas mutuas relaciones habría que abandonar en otro caso a la insegura suerte de una lucha darwiniana por la supervivencia. Cuanto se acaba de decir parece al menos cierto de lo que se ha dado en llamar «la macroética de la sociedad humana en el marco finito del planeta tierra», esto es, aquella pieza de ética que tendría a su cargo la consideración de las acciones humanas no en el microdominio o el nivel de la familia o las relaciones de proximidad, así como tampoco en el mesodominio representado por el nivel de las políticas nacionales, sino en el macrodominio o el nivel de lo que sin más llamaríamos el género humano, esto es, aquel dominio en que -a la vista de consecuencias tecnológicas de la ciencia tales como la amenaza de una conflagración nuclear- podría hoy decirse que se juega el destino de la humanidad. Mas, junto a ello, también es cierto que *la ciencia y la técnica* -y la filosofía que constituye en nuestros días su condensación ideológica y a la que, para abreviar, llamaremos *positivismo*- no sólo no coadyuvan a la construcción de tal ética universal sino que, en un cierto sentido, más bien cabría decir que *tienden a excluir su posibilidad.* El problema no es tanto que la noción de validez intersubjetiva -a que en definitiva se reduce, o en la que consiste, la objetividad- se halle o no expurgada en el ámbito de la ciencia de ingredientes valorativos, pues semejante expurgo nunca sería completo dentro de las ciencias humanas y sociales. Y ni siquiera lo es que desde el mundo de la ciencia -o, si se prefiere decir así, desde el mundo de los hechos, entiéndase lo que se desee entender por estos últimos- no quepa hacer gran cosa para asegurar la objetividad o validez intersubjetiva de nuestras normas, reglas o principios morales, pues es sabido que tales normas, reglas o principios no se dejan derivar, ni deductiva ni inductivamente, a partir de premisas fácticas. El problema es más bien que -dado que el ejercicio de la racionalidad vendría a constreñirse, en la interpretación positivista de la misma, al uso deductivo de nuestras capacidades racionales- las posibilidades de

5 K.-0. Apel, «Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik (Zum Problem einer rationalen Begründung der Ethik im Zeitalter der Wissenschaft)», en *Transformation der Philosophie,* 2 vols., Francfort del Main, 1973 (hay trad. cast. de A. Cortina-J. Chamorro-J. Conill, en preparación), vol. II, pp. 358-435, pág. 359.

la razón en lo tocante a la justificación de las acciones humanas quedarían severamente limitadas, puesto que en ningún caso habrían de rebasar los límites del uso científico de la razón. Las ciencias empíricas de la conducta podrían, sin duda, describir cómo operan nuestros sistemas de valores o explicarnos, sea en términos causales o estadísticos, la emergencia de los mismos, para todo lo cual no se precisa echar mano de juicios de valor. E incluso dados éstos -es decir, presupuestos tales o cuales valores a los que diéramos en considerar como fines de nuestros actos-, también estaría abierta la posibilidad de una tecnología de la conducta que contribuyese a garantizar la racionalidad del proceso de elección de los medios conducentes a la consecución de dichos fines. Mas de la racionalidad de los fines mismos ya no habría nada que decir, como no sea *negar que exista una racionalidad de los fines,* lo que es tanto como negar que exista razón práctica. En abierto contraste con la alegada objetividad de los juicios científicos, nuestros juicios morales serían no sólo irremisiblemente subjetivos sino, además, irracionales, pues su última fudamentación habría que confiarla -como lo propone el positivismo- a la irracionalidad de nuestras reacciones emocionales o nuestras decisiones arbitrarias. Para resumir, pues, su planteamiento de la «situación paradójica» que estamos comentando, cabría decir con Apel que «una ética universal -esto es, intersubjetivamente válida- de la responsabilidad colectiva parece hoy *tan necesaria como imposible*» [6]. Lo que equivale a decir que, de acuerdo con una bien conocida caracterización de la tragedia como punto de confluencia de la necesidad y de la imposibilidad, la mentada situación paradójica es lisa y llanamente una situación trágica.

En esta situación se hallan inmersos no sólo el positivismo, clásico o de nuestro siglo, sino asimismo los epígonos de este último -como sería el caso de la filosofía analítica- y hasta sus precursores, si damos en reputar de tal al Wittgenstein del *Tractatus Logico-Philosophicus* que emplazaba en él a la ética más allá de lo que se puede decir. Apel recuerda a este respecto la célebre carta de Wittgenstein a Ludwig von Ficker de 1919, en la que Wittgenstein no vacilaba en considerar al *Tractatus* como un libro de ética, añadiendo que el libro se componía de dos partes -la escrita y la no escrita- y que esta segunda era realmente la importante, pues su silencio acerca de la ética habría constituído la mejor expresión de lo que muchos intentaron articular y, a lo sumo, sólo lograron balbucir. Entre esos balbuceos, Apel incluye los de tradiciones de pensamiento tan aparentemente alejadas de la que venimos considerando como el existencialismo, de Kierkegaard a Jaspers, de la misma que compara el decisionismo analítico con la ética sartriana de la situación, llegando incluso a hablar de «una complementariedad entre objetivismo ciencista y subjetivismo ético» -o, como alguna vez también se ha dicho, entre «(neo)-positivismo» y «(neo)-romanticismo»- en la que cabría ver una característica fundamental del pensamiento contemporáneo. La acusada persistencia de actitudes neopositivistas en la filosofía de la ciencia y la presumible resurrección del existencialismo -o de actitudes

6 Para una fiel exposición de los puntos de vista que nos ocupan, véase Adela Cortina, «Pragmática trascendental y responsabilidad solidaria en Apel», *Estudios filosóficos,* 87, 1982, pp. 322-36.

existencialistas, y en general neorrománticas, bajo otros ropajes filosóficos- en la filosofía moral de nuestra última hora contribuirían a confirmar, en opinión de Apel, aquella *complementariedad.* Pero por sugestiva que resulte la tesis apeliana de la complementariedad, quedarse en ella equivaldría a algo así como a quedarse en la comprobación de que las siluetas actuales de los continentes geográficos se complementan o se corresponden entre sí, mas sin llegar a preguntar -a la manera de la teoría de la deriva continental- por *un posible origen común* que dé razón de tal correspondencia o complementariedad, lo que en nuestro caso nos lleva a remontarnos a un continente originario, a saber, el continente de la Ilustración.

Tanto para bien como para mal, la Ilustración continúa suministrando el sustrato ideológico de nuestras sociedades industriales avanzadas, por lo menos en su modelo occidental; y digo que tanto para bien como para mal porque lo menos que se puede decir de su legado es que es ambiguo. Y, como Adorno y Horkheimer supieron apreciar, en pocos casos se revela mejor dicha ambigüedad que en aquella moneda de cuño ilustrado -a que acabamos de aludir- cuya cara romántica exalta nuestra capacidad moral de decisión y cuya cruz positivista la despoja de toda racionalidad, tras de haber reducido ésta a racionalidad científica. En la Ilustración, en efecto, tropezamos con un fenómeno lo suficientemente complejo como para poder considerar herencia suya tanto al positivismo como al romanticismo, así como a los respectivos herederos de uno y otro; y la presente situación paradójica, o trágica, de la ética no es sino el resultado de la explosiva coexistencia de tan dispares elementos en el seno del pensamiento contemporáneo.

Pero, por lo demás, querría llamar la atención sobre el hecho de que la tensión entre esos elementos -tensión cuyos efectos acaso puedan hoy ser deplorados- hubo de ser vivida originariamente, es decir, por la propia Ilustración, como una tensión no infecunda de la que se pensaba que la ética tendría que extraer provecho. Para la gran mayoría de los ilustrados, por ejemplo, la fe en la razón -alimentada por el éxito indudable de la moderna ciencia natural- llevaba a creer no sólo en la posibilidad de un conocimiento de la sociedad tan científico como el de la naturaleza sino, lo que es más, a creer asimismo en la posibilidad de reformar a dicha sociedad de acuerdo con dicho conocimiento. Como ha escrito Paul Lorenzen, aquellos a quienes llamamos en la actualidad «positivistas» se diferencian de los ilustrados precisamente por la pérdida de esa ingenua fe. De ahí que todavía luchen, como lo hacen, contra el oscurantismo en el terreno del conocimiento, pero hayan dejado de luchar por los cambios políticos. Y cuando alguien pretende elaborar una propuesta más o menos racional de lucha en tal sentido, tampoco es de extrañar que desde el positivismo se le aplique -como Ernst Topitsch lo ha hecho con intención abiertamente descalificadora- el calificativo de «romántico». Ahora bien, la tensión que hoy vivimos como resultado final de la disgregación de positivismo, u objetivismo ciencista, y romanticismo, o subjetivismo ético, es la misma tensión que movió a Kant a distinguir entre razón teórica y razón práctica. Pues Kant fue ciertamente un ilustrado eminente, mas avisado y no ingenuo, y no creía por tanto que la ciencia pudiera ahorrarnos la ética.

Pero si interpretamos al positivismo como la razón ilustrada menos sus ideales emancipatorios y al romanticismo -o, por lo menos, a un cierto

romanticismo- como la perpetuación de esos ideales aun a costa de poner en cuestión a la razón ilustrada, habrá que conceder que Kant representa un punto de equilibrio anterior a la ruptura en dos mitades del legado de la Ilustración. Ahora bien, Kant no era exactamente un prepositivista ni un prerrromántico, así como tampoco una simple suma de ambas actitudes contrapuestas, sino un filósofo moral para quien la distinción entre razón teórica y razón práctica -o entre un uso teórico y un uso práctico de la razón- hundía sus raíces en una distinción, o una «tensión», más básica: la tensión entre el ser y el debe ser, tensión ésta que Kant -en abierto contraste con la actitud mayoritaria de los ilustrados- trató a ultranza de preservar, sin permitirse en ningún caso apaciguarla acortando el hiato que separa *al ser* del *deber ser*, esto es, a nuestro conocimiento más o menos científico de lo que la realidad es de los criterios de moralidad desde los cuales juzgar sobre lo que ésta deba ser. En la filosofía de nuestros días, y tal vez como muestra de la supervivencia de otros residuos ilustrados, la idea de acortar aquel hiato acostumbra a levantar de cuando en cuando polvoredas polémicas. Mas sólo para darnos la oportunidad de constatar, tras de sedimentarse éstas, que el dilema del ser y el deber ser *(das Sein-Sollen Dilemma)* resiste uno tras otro esos asaltos, tercamente enhiesto en su irresolución [7]. Probablemente hay más de una razón para celebrar que suceda así, comenzando por la de la supervivencia misma de la ética. Pero, de entre esas razones, nos interesa ahora retener la de que -gracias a semejante imposibilidad de transitar del ser al deber ser, que presupone la irreductibilidad del segundo al primero de ambos polos- cobra sentido la pregunta acerca de si, y cómo, sería posible el tránsito inverso *del deber ser al ser*, esto es, la «realización» de nuestros ideales morales: una realización a la que la intención utópica no podría renunciar sin traicionarse y negarse a sí misma. La condición indispensable para poder hacernos cargo de esta última parece estribar, pues, en la preservación de la bipolaridad del ser y el deber ser, y quienquiera que prescindiese de dicha distinción se vedaría todo posible acceso a la utopía.

Como Bloch ha hecho ver con más autoridad que nadie podría hacerlo, Hegel acaso constituya el ejemplo por la excelencia de lo que se acaba de apuntar. El interés de la filosofía por «lo que deba ser» condena a ésta fatalmente, según Hegel, a olvidarse del mundo y a perderse en el reino de las buenas intenciones. Mas la misión de la filosofía no habría de consistir en empedrar el infierno con sus intenciones piadosas, sino en levantar acta sin piedad de la actuación de la razón allí donde esta se produzca, aunque sea en el infierno. Y la razón actúa ni más ni menos que en la realidad, hasta el punto de llegar a identificarse con «lo que es». De suerte que el antedicho cometido notarial de la filosofía se reduce a la postre al de dar fe de que, en efecto, lo que es real es racional. Pero eso deja al hombre éticamente inerme ante la supremacía del acontecer histórico, pues del acierto o desacierto de sus decisiones mora-

7 Entre esos asaltos fallidos se cuentan, desde luego, los imprudentemente acometidos aquí y allá en mi libro *La razón sin esperanza*, Madrid, Taurus, 1977 (2ª ed., Madrid, Taurus, en prensa).

les sólo cabría juzgar tras de emitir aquél su veredicto sobre el éxito o el fracaso de las mismas. Y de ahí que la historia haya de culminar indefectiblemente en un «¡Ay de los vencidos!», puesto que la razón estará siempre de parte de los vencedores. Cierto es que, para hacer justicia a Hegel, habría que recordar que al aserto de que «lo que es real es racional» anteponía el aserto de que «lo que es racional es real», aserto éste que -por más que no impida, ciertamente, nuestra reconciliación con cualquier pasado- al menos entreabre una puerta al futuro, esto es, a la futura posibilidad de que la identidad del mundo y la razón no sea mañana tan atroz como hoy. Mas, como advierte el propio Bloch, no sería Hegel ya, sino el marxismo, el llamado a asomarse a esa puerta entreabierta.

Ese marxismo no era para Bloch un marxismo cualquiera, sino un marxismo que habría de ser capaz de dar cabida en su interior a una «crítica de la razón práctica» [8] y, por ende, a una ética que Bloch -aun si con alguna reserva- no dejó de identificar con la ética kantiana, como lo muestra su elocuente valoración del imperativo categórico de Kant: «Tomemos la proposición... de que el hombre no debe nunca ser un mero medio, sino siempre un fin. Esto nos lo enseña Kant, y por desgracia es evidente que lo que se nos dice con ello no pasa de ser una exigencia... Ahora bien, ¿y si la proposición de Kant, tan rígida al parecer, se anticipara justamente a su época? ¿Y si en su dirección contuviera una audacia y una dicha que sólo esperaran, al fin, poder mostrarse en efecto? ¿Y si todos los reparos en ella no fueran más que un contraste, desde el que destacar algo muy digno de reflexión dibujado en un futuro próximo? Porque la exigencia kantiana, fundamento de *todas las otras* exigencias, de que el hombre no pueda nunca ser tenido como un mero medio, sino siempre como un fin, no es una exigencia burguesa, más aún, es una exigencia que no puede ser nunca cumplida en una sociedad clasista... Con ello, empero, y es lo que fundamenta la ética tonante de la proposición kantiana, se entra en contacto con un estrato cargado en Kant de modo muy especial con el *páthos utópico.* Se trata, hablando lógicamente, de un «deber ser» que no capitula sin más frente a lo dado. Y no capitula porque los conceptos axiológico aquí envueltos... implican el contenido radical de toda lucha humana por la liberación» [9]. El precedente texto nos revela que, como siempre que el marxismo ha vuelto sus ojos a la ética, el encuentro con ésta ha comportado un encuentro o «reencuentro con Kant», si bien dicho reencuentro -a diferencia, por ejemplo, de lo acontecido un día con otras manifestaciones del marxismo, como el marxismo neokantiano- se ve velado en Bloch por su adhesión a la filosofía hegeliana de la historia.

En un Congreso Internacional de Filosofía celebrado en Stuttgart hace unos pocos años se discutió, entre otras cosas, sobre el peso respectivo del

8 Bloch, en efecto, vio tempranamente al marxismo como «una crítica de la razón pura para la que no ha sido escrita hasta la fecha la correspondiente crítica de la razón práctica» *(Geist der Utopie,* cit., pág. 304).

9 E. Bloch, *Das Prinzip Hoffnung,* Gesamtausgabe, vols. V/l y V/2, Francfort del Main, 1959 (hay trad. cast. de F. González Vicén, 3 vols., Madrid, 1977 y ss.), vol. V/2, pp: 1019 y ss.

influjo kantiano y del hegeliano en el marxismo. La discusión quedó, bastante razonablemente, en unas tablas, puesto que Marx de hallaba -filosóficamente hablando- a mitad de camino entre Kant y Hegel, por más que su proximidad al segundo haya gozado comúnmente de mayor reconocimiento -comenzando por el del propio Marx- que su deuda para con el primero. Cierto es que si, en lugar de discutirse de filosofía en general, la discusión se hubiese ceñido con exclusividad al caso de la ética, la balanza se habría inclinado sin reservas hacia el lado de Kant, toda vez que de Hegel, como sabemos, no cabe esperar mucho en tal sentido: esa es, en definitiva, la razón de que todo *zurück zu Kant* en el marxismo implique de ordinario un *über Hegel hinaus* por lo que a la ética respecta. Pero no hay que decir que en Bloch no hallamos rastro de semejante vuelta a Kant pasando por encima de Hegel. Pues, por marcado que resulte el acento kantiano de su ética, sobran motivos para preguntarse si -en última instancia- no será la voz de Hegel, más bien que la de Kant, la que prevalezca en -o, mejor dicho, sobre- ella.

Como hemos visto, Bloch adeuda a Kant su convicción del carácter moral de la lucha por la realización de «aquello que todavía no ha llegado a ser, en el sentido de lo que todavía no ha llegado a ser lo que debiera» *(das Noch-Nicht-Gewordenes als Noch-Nicht-Gutgewordenes)*, que no es sino la lucha por la realización del bien y de la justicia [10]. Y era así como, según Bloch, el imperativo categórico kantiano apuntaba a un deber ser que sólo podría ser realizado en una sociedad sin clases, constituyendo de ese modo una «anticipación utópica» de semejante sociedad no antagónica. Pero, por muy kantiano que pueda parecernos Bloch en su ética, ya se ha advertido que es también sumamente hegeliano -acaso demasiado- en su filosofía de la historia, que añade a la de Hegel la dimensión de futuro que evidentemente le falta, mas comparte con ella -entre otras muchas afinidades- la *tentación escatológica* de asignar a la historia un fin, en el doble sentido de una finalidad y de un último término. Con lo que, en consecuencia, el *summum bonum* corre el grave peligro de quedar transformado, a fin de cuentas, en una categoría histórica más bien que ética: «El contenido esencial de la esperanza» -escribe Bloch- «no es la esperanza misma, sino, en tanto que aquél no permite fracasar a ésta, es existencia sin distancia, presente. La utopía labora sólo por razón del presente a alcanzar, y por eso el presente se encuentra al final... Por eso precisamente la utopía no pretende una distancia eterna del objeto, sino que desea, más bien, coincidir con él como un objeto que ya no es ajeno al sujeto... *La aguja magnética de la intención comienza entonces a inclinarse porque el polo está próximo...* Lo intencionado como tal presencia, como tal identidad manifestado, no se encuentra -como es, desgraciadamente, fácil de probar- en ninguna parte de lo llegado a ser, pero se encuentra inexcusablemente en la intención inquebrantable hacia ello, así como es reconocible en el proceso histórico universal mismo... La identidad del hombre retornado a sí, con su mundo logrado para él, se ofrece, es verdad, como el mero concepto límite de la utopía, más aún, como el *utopissimum* en la utopía, y precisamente en la concreta. Pero, sin embargo,

10 *Op. cit.*, vol. V/1, pp. 165-6.

éste, lo más esperado en la esperanza, al que se llama bien supremo, representa asimismo la región del objetivo final, en la que participa toda proposición seria de objetivos en la lucha emancipatoria de la humanidad»[11]. Bloch concibe la historia, hegelianamente, como un proceso tendente a la consecución de la *identidad entre el sujeto y el objeto* de la misma. Y confía en hallarse de esta manera en situación de conjugar los factores «subjetivo» y «objetivo» del desarrollo de la Historia, intentando así una vía media entre el voluntarismo revolucionario -más propio, en su opinión del anarquismo, y hasta del fascismo, que del marxismo- y el determinismo socioeconómico, característico de una interpretación socialdemócrata del marxismo que tampoco tendría para él nada que ver con el marxismo auténtico. Pero una cosa es la creencia, éticamente irreprochable, de que las acciones históricas de los hombres persiguen finalidades y otra muy diferente -además de bastante más discutible, al margen ya de su irrelevancia ética- la creencia de que la historia posee en sí una finalidad y, lo que es más, un fin o una culminación, que Bloch bautizará precisamente como «la patria de la identidad» *(die Heimat der Identität)*, considerándola, frente a todos los falsos *happy-ends*, como el verdadero «final feliz» del proceso histórico[12].

A mi entender, es ahí donde reside la mayor debilidad de la filosofía blochiana de la utopía, cuyos críticos, sin embargo, no siempre acostumbran a discernir dentro de ella sus registros hegelianos de sus registros kantianos. Un buen ejemplo de una tal actitud indiscerniente lo tenemos en las críticas a Bloch de Leszek Kolakowski, tan penetrantes unas veces como infundadas otras[13]. Y, para no incurrir por nuestra parte en una análoga falta de discernimiento, convendría separar, de entre esas críticas, las insuficientemente fundadas de las que no lo son y se hallan asistidas de suficiente fundamento.

Abordándolas, pues, en ese orden, comenzaremos por aquéllas en las que, en mi opinión, Kolakowski no acierta con el blanco. En lo esencial, dichas críticas se dejan reducir a tres[14]. Primera, el pensamiento utópico de Bloch confunde -como, según subraya Kolakowski, no es infrecuente en el marxismo- la «predicción» del futuro, propia dentro de ciertos límites de la prognosis científica del mismo, con la «creación» de ese futuro que es lo que se pretende conseguir en la programación política de nuestra acción. Segunda, cuando el resultado de tales predicciones no concuerda con los objetivos políticos propuestos, Bloch -al igual que otros marxistas y Kolakowski cita el caso de Lukács- no vacila en alegar que «peor para los hechos». Tercera, nada de extraño tiene entonces que, puesto que la exactitud de las predicciones no parece que importe demasiado, la utopía concreta de Bloch se resista a explicitar su contenido, en cuyo caso -que es tam-

11 *Ibid.*, pp. 366-8.

12 *Ibid.*, pp. 512 y ss.

13 L. Kolakowski, *Main Currents of Marxism*, 3 vols., Oxford, 1978 (hay trad. cast. de J. Vigil, Madrid, 1980 y ss.), vol. III, cap. XII, «Ernst Bloch: Marxism as a Futuristic Gnosis».

14 *Op. cit.*, pp. 431 y ss.

bién el de Marx, recuerda Kolakowski, cuando encara el futuro del socialismo- habría que preguntar por qué el empeño de apellidarla de «concreta». Por lo que se refiere a la primera y más fundamental de dichas críticas, no deja de ser cierto que ese cargo -el de la confusión entre pronóstico y programa- es perfectamente imputable a un cierto marxismo pseudocientífico, al que asimismo se ha podido acusar de confundir «predicciones» con «profecías»[15], pero no necesita recaer sobre el marxismo utópico de Bloch, el cual podría diferir de él por su capacidad adicional de distinguir entre programas estratégicos o tácticos y programas de inspiración abiertamente ética. La precedente dicotomía pronóstico-programa -que Kolakowski, como vemos, hace suya- pudiera resultar inapropiada a estos efectos, por lo que acaso fuera preferible recurrir, siguiendo a Helmut Fahrenbach, a una clasificación tricotómica del pensamiento racional acerca del futuro que nos permita articularlo en los diversos planos de la *prognosis*, la *planificación* y la *utopía* propiamente dicha [16]. De acuerdo con esa clasificación, la prognosis científica del futuro incumbiría a la razón teórica, de la que el futurólogo echa mano, por ejemplo, cuando -partiendo a esos efectos de determinadas tendencias sociales observadas- arriesga conjeturas empíricamente controlables acerca de la probable evolución de la sociedad a lo largo de un período limitado de tiempo. Por su parte, la planificación racional en base a dichas previsiones científicas guardaría con la razón teórica la misma relación que la tecnología con la ciencia, puesto que de lo que se trata en ella es de aplicar la razón teórica -en tanto que razón instrumental- a la confección de estrategias de acción destinadas, por ejemplo, a proveer los medios adecuados para el logro futuro de una serie de objetivos políticos. Por último, el pensamiento utópico en cuanto tal tendría por cometido el examen crítico no de la adecuación de ciertos medios a la consecución de ciertos objetivos o fines dados, sino el de la adecuación -adecuación, se entiende, a nuestra voluntad- de dichos fines en sí mismos, así como la discusión racional de otros posibles fines alternativos, todo lo cual coincide con el cometido que habría que asignar a la razón práctica. Y, a la luz de esa tricotomía, se deja apreciar la insuficiencia de contraponer -al modo de Kolakowski- la prognosis científica y la programación política sin más cualificaciones, pues la programación política pudiera ser encomendada ya sea a la *razón instrumental* -como en el caso de una concepción tecnológica o, más exactamente, tecnocrática de la política-, ya sea a la *razón práctica*, como en el caso de una concepción de la política que no renuncie a dar entrada en ella a consideraciones éticas. La distinción entre razón instrumental y razón práctica pertenece, según es bien sabido, al acervo del pensamiento crítico de la Escuela de Francfort, aun cuando fuera ya prefigurada por Max

15 El reproche, del que Kolakowski se apropia en cualquier caso, es de cuño reconocidamente popperiano y se halla formulado en Karl R. Popper, *The Poverty of Historicism*, Londres, 1954 (hay trad. cast. de P. Schwartz, Madrid, 1961); cfr. también *The Open Society and its Enemies*, 4ª ed., Princeton, 1963, c. XXII.

16 H. Fahrenbach, «Zukunftforschung und Philosophie der Zukunft. Eine Erörterung im Wirkungsfeld Ernst Blochs», en *Ernst Blochs Wirkung. Ein Arbeitsbuch zum 90. Geburtstag*, Francfort del Main, 1975, pp. 325-61, pp. 327 y ss.

Weber [17] . Y más adelante tendremos ocasión de aludir a una versión de la misma -debida a Jürgen Habermas- para la que la determinación de los medios más adecuados con vistas a la consecución de un fin determinado, lo mismo da que sea el aumento de la productividad a toda costa que la justa distribución de la riqueza resultante, podría ser confiada a un «uso mononológico» de la razón como el que de la suya hace un experto que reflexiona sobre política económica, mientras que, en cambio, la discusión de aquellos u otros fines -los cuales están lejos de concernir sólo al experto- requiere de un diálogo en el que participen todos los interesados, esto es, requiere de un «uso dialógico» de la razón. Mas, comoquiera que deseemos formularla, lo cierto es que la distinción entre razón instrumental y razón práctica -así como la subsiguiente asimilación del pensamiento utópico a esta última- desarticula la primera objeción a Bloch de Kolakowski; y, una vez desarticulada esa objeción, las otras dos restantes se acabarán también desvaneciendo. Cualquier cosa que sea lo que pensara Lukács a este respecto, la alegación blochiana de que «peor para los hechos» no atenta en modo alguno contra la razón, teórica ni práctica. Pues, mientras para Bloch sería absurdo que una teoría recurra a aquella frase «cuando los hechos se resisten a coincidir con la teoría», su invocación está muy lejos de constituir ningún absurdo si lo que se quiere dar a entender con ella es que «el deber ser no tiene por qué resignarse ante los hechos» y que sin esa falta de resignación no habría manera de transformar la realidad cuando ésta no nos satisface [18]. Pero si el uso práctico de la razón consiste en eso, en cuanto diferente de su uso teórico, tampoco hay que pedir a la razón práctica que «concrete» sus propuestas utópicas más allá de la legítima expresión de nuestro deseo de un mundo más satisfactorio, que podría ser un mundo concebido de modo puramente negativo o por contraste con la insatisfacción que nos produce su situación presente [19]. Contra lo que parece pedirle Kolakowski, la razón práctica no está obligada a precisar cuál haya de ser el contenido positivo de la utopía, pues la misión de la ética, en efecto, no es hacer futurología.

Cuanto acaba de decirse parece sugerir más de un punto de contacto entre el pensamiento de Bloch y el francfortiano, que en sus representantes clásicos, al menos, resulta ser un pensamiento negativo. Bloch comparte con ellos, además de con Marx mismo, la reluctancia acabada de mentar a entrar en los detalles de su diseño utópico, lo que ha sido comparado alguna vez con la aproximación a Dios de la teología negativa y hasta con la prohibición bíblica de recurrir a imágenes de Dios. Pero la consecuencia ética inmediata de semejante negatividad tendría que ser un mayor hincapié en la

17 Véase mi trabajo «A vueltas con la razón», cap. VI de *Desde la perplejidad,* cit.

18 *Das Prinzip Hoffnung,* vol. V/2, pág. 1024.

19 Bloch, por lo pronto, asigna -*op. cit.*, vol. V/l, pp. 167 y ss.- un lugar central a *der Gegenzug gegen das schlecht Vorhandene* dentro de su tratamiento de la «función utópica», aun cuando cuida a continuación de precisar que «esa reacción contra lo que no debiera ser no es -en su dimensión profunda- sólo negativa, sino... contiene en sí la presión hacia un logro anticipado y representa dicha presión en la función utópica».

capacidad de la razón práctica para decir «no» al mundo presente -para «reaccionar contra lo que no debiera ser» y «rebelarse ante el mal y la injusticia»- que en su capacidad de afirmación de un mundo concebido como «estación terminal» *(Endzustand)* del trayecto histórico, en que, tras la Revolución futura, lo que debiera ser, el bien y la justicia hayan de realizarse sin residuo [20]. En Bloch hay de lo uno y de lo otro, pero la palma de su énfasis se la lleva la dimensión afirmativa de la utopía. Pues la negación de aquello que pensamos que no debiera ser, o de lo que tenemos por malo y por injusto, no requiere necesariamente del concurso de la esperanza, a la que, sin embargo, Bloch no se muestra dispuesto a renunciar bajo ningún concepto.

Para Bloch, en efecto, las preguntas kantianas «¿Qué debo hacer?» y «¿Qué me es dado esperar?» no sólo están interrelacionadas, sino que serán en rigor indisociables, como, por lo demás, lo eran su ética y su filosofía de la historia. Pero esa indisociabilidad es cuestionable y, para cuestionarla, podrían ser oportunas las observaciones de Kolakowski cuando -en el segundo bloque de sus críticas- considera al pensamiento de Bloch como una muestra arquetípica del *mito de la identidad* en la versión más metafísica del mismo, la de la hegeliana identidad a que hemos aludido entre el sujeto y el objeto del proceso histórico. La esperanza blochiana no es sino la presunción de la final identidad o coincidencia de la subjetividad humana con sus objetivaciones históricas dentro de una sociedad, como la sociedad sin clases, en la que la superación de toda alienación haría posible que los hombres -dueños al cabo de su destino- comprendiesen la historia como un producto suyo y no como un despliegue de acontecimientos externos y ajenos a ellos mismos [21]. Por halagüeña que resulte tal presunción, no todo el mundo está obligado a hacerla suya, como lo prueba el hecho de que Kolakowski se permita reputarla de mítica; pero eso no es, en cualquier caso, lo que estamos ahora discutiendo. Si, por el contrario, se acepta dicho *terminus ad quem* del desarrollo de la humanidad, será, en cambio, de importancia secundaria que lo interpretamos *à la* Hegel como la culminación de la historia o prefiramos ver en él, como haría Marx, el auténtico comienzo de esta última, tras la cancelación revolucionaria de la prehistoria. Bloch se inclina obviamente por la interpretación marxista, a la que aportará su propia fórmula según la cual «la verdadera génesis no se encuentra al comienzo, sino al final». Pero eso no hace menos de aquel término una ultimidad, esto es, un punto de inflexión escatológico. Y es contra semejante *éschaton* contra el que se dirigen los ataques de Kolakowski. En lo esencial, la crítica de Kolakowski a la que ahora nos referimos había ya sido anticipada en una controversia cruzada años atrás entre él y Bloch [22]. Kolakowski compara allí al marxismo con aquellas viejas cosmologías para las cuales todo se mueve en la naturaleza porque todo tiende al reposo final-

20 *Ibid., vol.* V/2, pp. 1602 y ss.

21 Kolakowski, *op. cit.*, pp. 432-3.

22 Cfr. Maurice de Gandillac, Lucien Goldmann y Jean Piaget (eds.), *Entretiens sur les notions de genèse et structure*, París-La Haya, 1965 (hay trad. cast. de F. Mazía, Buenos Aires, 1969), pp. 234 y ss.

mente. De análoga manera, en la utopía marxista -concebida como la esencia del pensamiento revolucionario- la historia tiende a la consolidación de una situación *definitivamente* estable, de suerte que su mismo motor -a saber, los antagonismos compendiados bajo el epígrafe de la lucha de clases- podría cesar de funcionar, toda vez que su funcionamiento habría dejado de ser ya necesario. Tras la Revolución, y puesto que las clases habrían sido hechas desaparecer, cabría pensar incluso que el marxismo como utopía logre escapar a la necesidad de su transformación en «ideología» en el sentido de Karl Mannheim. Mas suponiendo que el marxismo hubiese de sobrevivir a aquel suceso, ¿qué otras tareas podrían restarle que no fueran tareas apologéticas? Más aún, el marxismo corre el riesgo de ese rebajamiento apologético *prima della rivoluzione.* Pues, para quienes se encaminan a una meta definitivamente estable y última, siempre cabrá la posibilidad de caer en la tentación de creer que se ha llegado y se pisa por fin terreno firme -sea con la ocasión de Octubre o cualquier otra fecha señalada- y, siguiendo por esa vía, también en la tentación de dedicarse a la apología del presente a la que tan aficionada fue, de hecho, la filosofía hegeliana de la historia, lo mismo da para el caso que se trate del Estado prusiano que del estalinista. Para Kolakowski, el único modo para evitar semejante rebajamiento del marxismo -sea como ideología, sea como utopía- al nivel de la pura apología tendría que consistir en la adopción de un punto de vista radicalmente antiescatológico. Esto es, en la adopción de una concepción de la historia como un proceso *inconcluso* y, lo que es más, *inconcluíble,* en el que la tensión que anima el movimiento no se agote, llevándolo a la paralización definitiva. La respuesta de Bloch a tales sugerencias es sumamente reveladora, pues no deja, en principio, de declararse de acuerdo con Kolakowski, cuya proposición -afirma- no haría otra cosa que superar un marxismo desvalorizado, la interpretación del marxismo de quienes -como Karl Löwith- sólo alcanzan a ver en él una «escatología secularizada». Pero, por otro lado, se resiste a admitir la idea de una aproximación indefinida o un esfuerzo incesante según el modelo de la frase de Lessing: «Si Dios tuviera en su mano derecha la tendencia a la verdad y en la izquierda la verdad misma, y si yo pudiera elegir entre las dos, le diría a Dios: ¡Señor, dame la tendencia a la verdad, pues la verdad está hecha sólo para Ti! ». Esta última sería, según Bloch, una actitud típicamente «protestante», pero también típicamnte burguesa -la actitud ejemplificada en el *Fausto* de Goethe, cuyo protagonista no conoce el reposo y constantemente se eleva en sus aspiraciones hacia esferas más altas-, actitud que Bloch contrasta con la actitud «católica» de la *Divina Comedia,* donde -en el último canto del Paraíso- Dante llega a la rosa celestial y en ese punto cesa toda aspiración. En cuanto a él como marxista -ni católico, pues, ni protestante-, sostiene que ha de haber «una tercera vía» entre el movimiento continuo y la parálisis del devenir, pero la verdad es que no la explicita en ése ni, que yo sepa, en otros lugares de su obra [23]. Comoquiera que sea, sería notablemente injusto pa-

23 No lo explicita, quiero decir, satisfactoriamente, pues el tema de tal *tercera vía* viene de antiguo en su obra: véase al respecto el capítulo XXI de *Subjekt-Objekt. Erläuterungen zu Hegel,* Gesamtausgabe, vol. III, 1962 (hay trad. cast. de W. Roces, J. M. Ripalda, G. Hirata y J. Pérez del Corral, México-Madrid-Buenos Aires, 2ª ed., 1982).

ra con Bloch adjudicarle la tesis del advenimiento ineluctable de la utopía en el futuro, tesis ésta más propia de un Diodoro Cronos en el improbable supuesto de que el filósofo megárico se hubiese alguna vez abandonado a veleidades utópicas. Por el contrario, a Bloch no se le oculta la esencial *frustrabilidad de la esperanza* [24], ya que el proceso histórico se halla indeterminado hasta tanto que su consumación no se produzca, enfrentándose a una crucial alternativa: la de un todo o nada que lo salde con un éxito absoluto o un absoluto fracaso y nos permita decidir si la esperanza se ha visto satisfecha al fin o si, por el contrario, ha sido enteramente en vano. Pero, por eso mismo, la ética -esto es, nuestra respuesta a la pregunta «¿Qué debemos hacer?»- carecería en definitiva de sentido si la respuesta a la pregunta «¿Qué nos es dado esperar?» hubiese de ser «Nada», pues Bloch no da la sensación de haber previsto la posibilidad de ética allí donde no quede rastro de esperanza.

Para acudir a un excelente compendio de la doctrina blochiana de la frustrabilidad de la esperanza [25]: «El hombre es, sí, un ser utópico, pero es también un ser amenazado. La realidad de este hecho es el origen del temor como oposición a la esperanza, y esto es así porque la totalidad irreversible, la plenitud, sólo se da en el final; su ausencia actual no garantiza el porvenir, que sólo tenemos en la esperanza. El futuro de la identidad no ha sido alcanzado, por esto es frustrable, pues la amenaza no gravita sólo sobre los proyectos a corto y medio plazo; y en la raíz ontológica el efecto aniquilador de la nada es una posibilidad parcial durante el camino y su persistencia puede totalizar la nada en la secuencia final. Ello es la última consecuencia de un sistema abierto, no resuelto *a priori*, donde se rechaza considerar a la historia como reflejo de la partenogénesis del Logos... La irrupción de los momentos aniquiladores parciales no es sin más asimilable y productiva en el desarrollo dialéctico. Estos hechos o formas históricas son la prefiguración y el anticipo de la nada posible al fin del proceso, como contrapartida del todo también posible es este último estadio... Auschwitz es una muestra clara de hechos no recuperables en la senda del progreso. Se manifiestan como carentes de todo contenido utópico. No ocupan el espacio de la negación, del no productivo, sino son figuras de la nada estéril, al margen y en contra de la esperanza humana. No son una etapa más en el largo camino hacia la utopía última. Son parada y retroceso. Son la presencia tangible, la prueba de que el hombre y la naturaleza pueden abocar a un gran fracaso. La totalidad garantizada sólo se dará al final. Mientras tanto nos acercamos a ella, no en una aproximación indefinida, sino real. Para que la utopía del fin no sea una gran estafa, deberá ser alcanzada alguna vez». Aun si, como el propio Bloch reconocía, el optimismo militante ha de portar crespones negros en su avance [26] ,lo cierto, al parecer, es que se avanza, con luto

24 Bloch, «Kann Hoffnung enttäuscht werden?», en *Literarische Aufsätze*, Gesamtausgabe, vol. IX, 1965, pp. 385-91.

25 José A. Gimbernat, *Ernst Bloch. Utopía* y *esperanza*, Madrid, Cátedra, 1983, pp. 99-100.

26 Bloch *Tübinger Einleitungin die Philosophie*, Gesamtausgabe, vol. XIII, 1970, pág. 241.

o sin él, de suerte que el vislumbre de aquel éxito final vendría a representar ni más ni menos que el aval de su ética.

¿Hasta qué punto la ética, y en especial una «ética de la intención utópica», necesita de semejante aval? Esto es, ¿hasta qué punto necesita esa ética apoyarse en una filosofía escatológica de la historia? ¿Y cómo evitará, de hacerlo así, su reducción a una variante de las llamadas «éticas del éxito»?

La acusación de rendir un inmoderado culto al éxito ha recaído con frecuencia sobre un cierto marxismo propicio a confundir ética y estrategia, cuando no táctica, o simplemente obsesionado por la *Realpolitik.* E incluso pensadores marxistas a los que en modo alguno cabría censar dentro de tal marxismo han debido pagar alguna vez tributo teórico, poniendo a prueba su penetración y su sensibilidad éticas, a la pregunta acerca de si el éxito, o el fin, justifica o no el hecho de lograrlo valiéndose al efecto de cualesquiera medios. A diferencia de otras éticas del éxito de acuñación más bien positivista, como un cierto utilitarismo o un cierto pragmatismo, el culto marxista al éxito suele hallarse ligado a un cierto historicismo que convierte a la historia en la piedra objetiva de contraste de la práctica subjetiva. Y es ese culto al éxito el que explica la desafiante impertinencia con que muchos marxistas ponían punto final hace unos años a su discusión con los anarquistas: «Decidnos, a ver, cuándo ha triunfado una revolución anarquista», impertinencia ante la cual no había en verdad mejor respuesta que la de que «un fracaso heroico siempre valdrá cien veces más que un éxito funesto». Del éxito histórico no hay, en rigor, razón para vanagloriarse, puesto que -dado que la historia, según vimos, siempre condena a los vencidos- las cartas de la historia no son sino triunfos: de ahí que la primera tarea de una filosofía retrospectiva de la historia que no dé espaldas a la ética tenga que ser, como lo quería Walter Benjamin, la de prestar su voz a cuantas víctimas sepultara la historia en el silencio. Y alguien en quien, no enteramente sin razón, se ha querido leer la más feroz apología del éxito, se adelantó de hecho en la denuncia de aquel historicismo al descubrir a la, historia como «un epítome de la inmoralidad real» y contraponer a su «Érase una vez» el «No hubierais debido» de la filosofía moral. El marxismo blochiano no se interesa tanto por la filosofía retrospectiva de la historia cuanto por su filosofía prospectiva. Pero así como en la primera el ser triunfante se resiste obstinadamente a ser medido por ningún debe ser, ¿no correrá el peligro la segunda de medir todo deber ser por el triunfo de un ser que en el futuro transforme en realidad nuestras expectativas? El éxito, más metafísico que empírico, dentro de una tal *ética del éxito* no estribaría ya tanto en la comprobación de que hemos escapado a la derrota a manos de la historia cuanto en la confianza por adelantado de que un día la victoria será definitivamente nuestra.

Ahora bien, una ética de ese género estaría lejos de satisfacer la exigencia primordial de una ética de la intención utópica. Pues, aunque esta última se halle naturalmente interesada en la realización del deber ser, ha de consistir ante todo -como, por lo demás, su nombre indica- en una «ética de la intención», una *Gesinnungsethik,* en cuanto diferente de una «ética de los resultados» o del éxito, una *Erfolgsethik.* La falta de ideas claras sobre la ética de la intención ha extraviado en más de una ocasión a la filosofía moral y, de manera muy especial, a la ética política contemporánea.

Por ejemplo, no deja de aquejar a la invocación por parte de Apel- más arriba mencionada- de una «ética de la responsabilidad colectiva», sobre cuyo carácter innegablemente utópico habremos enseguida de volver. Valga el siguiente párrafo como botón de muestra: «Sacrificando un tanto la precisión de nuestra reconstrucción histórico-filosófica, cabría decir que -con su fundamentación de la autonomía de la 'buena voluntad' legisladora- Kant puso fin a la era de la 'ética de los mandamientos' heterónoma. Al mismo tiempo, sin embargo, inauguró una 'ética de la intención' que subrepticiamente presupone todavía que la buena voluntad de los hombres -lo único que cuenta dentro de ella- ha de alcanzar su recompensa (¿de un Dios que, por así decirlo, retiene para sí la responsabilidad decisiva de la marcha del mundo, incluida la de su historia?) Por el contrario, en nuestro tiempo parece haber dado comienzo la era de una auténtica 'ética de la responsabilidad', dentro de la que -en última instancia- lo importante no es ya tanto la 'buena voluntad' cuanto la realización de lo que es bueno, empresa ésta de la que los hombres habrán ellos mismos de responsabilizarse» [27]. Más que de imprecisa, la reconstrucción apeliana pecaría aquí de equívoca, puesto que «la realización de lo que es bueno» -como sabemos ya sobradamente- no tiene por qué resultar ajena a aquella variedad de la ética de la intención en que consiste la ética de la intención utópica.

Mas, para ser exactos, la que Apel reivindica frente a una ética de la pura intención no es tampoco una ética de los puros resultados o del éxito, sino la ética weberiana de la «responsabilidad política», la *Verantwortungsethik* [28], que Weber ciertamente concebía como equidistante de esas otras dos, aun cuando sea más cierto todavía que su propia versión de la misma se escora decididamente hacia la de los resultados y hasta se contrapone frontalmente a la de la intención, pormenor éste que bien vale la pena de una breve digresión.

De acuerdo con el saludable consejo de los exégetas del pensamiento weberiano -que nos advierten sobre la necesidad de contextualizarlo, en especial por lo que se refiere a sus escritos de contenido más directamente político, como hijo que es siempre de su circunstancia-, conviene recordar que el célebre texto *La política como vocación* [29] fue redactado en circunstancias tan dramáticas como lo eran el final de la Primera Guerra Mundial y el estallido de la Revolución socialista en Alemania. Por contextualizar a su vez nuestra lectura de ese texto, no hay que decir que las actuales circunstancias -dejando a un lado la nunca descartable posibilidad de una nueva guerra mundial, que por cierto habría de ser la última- tiene poco que ver con las de Weber. El capitalismo, hoy por hoy, ha conseguido marginar la Revolución, relegando su amenaza a aislados focos de la periferia del «sistema». Y allí donde la Revolución logró imponerse, lo hizo para desembocar en el llamado, pues de algún modo hay que llamarlo, «socialismo

27 Apel, «Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft», cit., pág. 427.

28 *Ibid.*, loc. cit.

29 Max Weber, «Politik als Beruf (October 1919)» -hay trad. cast. de F. Rubio Llorente, Madrid, 1967-, en M. Weber, *Gesammelte Politische Schriften*, 2ª ed. de J. Winckelmann, Tubinga, pp. 493-548.

real». Una situación ésta que muy bien pudiera ser descrita como el advenimiento del *ocaso de la utopia* y, consiguientemente, del pensamiento utópico, cuyo canto de cisne vendría representado por la obra de Bloch, pero que habría tenido en Weber un lúcido heraldo de su aparentemente irreversible decadencia. Entrando ya en su texto, vamos a concentrar nuestra atención en la antes referida contraposición weberiana entre las éticas de la responsabilidad y la intención. Como es bien sabido, Weber veía en ellas sendos «tipos ideales», lo que equivale a conceder que es improbable que se den en la realidad en estado puro, siendo lo más común que se entremezclen la una con la otra. Pero eso no excluye que, al menos idealmente, quepa distinguir entre ambas y ambas se contrapongan, como dijimos, frontalmente. Ahora bien, ¿en qué consiste exactamente su contraposición? Se diría que en la misma es menester que distingamos cuando menos tres niveles, correspondientes a otros tantos sentidos de la palabra *Gesinnung*, que en alemán -y, por supuesto, en el texto de Weber, que baraja todos esos sentidos- puede significar, además de «intención», «finalidad» y convicción». La *Gesinnungsethik* sería, pues, una ética de intenciones y, muy concretamente, de «buenas intenciones». Pero también una ética de fines; y no de fines cualesquiera, sino de «fines absolutos». Así como, por último, una ética de convicciones o principios, «principios incondicionados» y, por ende, considerados inviolables. Es difícil no apreciar, a la luz de ello, que el texto de Weber polemiza con *la ética kantiana* [30] en cada uno de esos tres niveles y que es con dicha ética con la que, al hilo de los mismos, habría que confrontar la ética weberiana de la responsabilidad.

Por lo que hace al *primer* nivel, la ética de la responsabilidad -responsabilidad que para Weber, no se olvide, es ante todo responsabilidad política- se contrapone a la de la intención en la medida en la que aquélla es una «ética de las consecuencias», esto es, una ética en la que los efectos de las decisiones tomadas y las acciones emprendidas contarán tanto o más que las intenciones que guiaron al responsable de esas decisiones y acciones al tomarlas o emprenderlas. Kant afirmó, en efecto, que lo único verdaderamente bueno en este mundo era una buena voluntad. Pero con ello, desde luego, no se pergeña un prontuario de instrucciones morales para aviso de políticos. Y tampoco hace falta ser hegeliano para reconocer que, entre otros usos de las buenas intenciones, se halla sin duda el de servir de pavimento en el infierno. Un político, en cualquier caso, no se podría escudar en ellas para excusar las consecuencias de decisiones y de acciones desastrosas. Y decidir o actuar sin tomar en cuenta las consecuencias de sus decisiones o sus actos sería para el una muestra, allí donde las haya, de irresponsabilidad política. De ahí que el balance de esta primera confrontación entre ambas éticas parezca ser -de todas, todas- favorable a la ética de la responsabilidad. Veamos ahora qué sucede en el *segundo* de los niveles apuntados. La ética de la responsabilidad vendría a ser una ética presidida por la que llamó Weber «racionalidad teleológica», que, a pesar de su nombre, no es en rigor otra que la antes llamada razón instrumental o de los medios, pues se trata

30 Véase al respecto mi trabajo «Ética de la responsabilidad: ¿realización política de la ética o coartada ética de la política?», *Letra Internacional*, en prensa.

en definitiva de la racionalidad encargada de la determinación de esos fines que son a su vez medios para la consecución de otros fines dentro de la cadena de medios y de fines que es la política entendida como el arte, o la técnica, de lo posible; mas en cuanto a los fines últimos o valores con que tendría que culminar dicha cadena, Weber no creía que cupiese determinarlos con ayuda de una supuesta racionalidad valorativa -que, para nuestro caso, sería más bien una «racionalidad deontológica», lisa y llanamente coincidente con la que hemos llamado razón práctica- distinta de la racionalidad teleológica. Antes del colapso del sistema tradicional de valores acontecido con la modernidad, la determinación de tales valores, esto es, de tales fines últimos o absolutos, podía venir dada por lo que se consideraba la ley de Dios, una y la misma para todos, que satisfaría así la pretensión de universalidad de la propia ética. Tras la muerte de Dios, o del monoteísmo, se instauró en cambio un pluralismo valorativo o politeísmo en el que cada cual escucharía a su dios o acaso a su demonio. Ello sin duda da satisfacción a un requisito no menos importante de la ética, como es la autonomía de los sujetos morales. Pero plantea el arduo problema de cómo hacer posible éticamente una legislación que a un tiempo se requiere autónoma y se pretende universal. Puesto que Weber no oficiaba estrictamente como un filósofo moral, quizás no quepa reprocharle que no haya prestado a aquel problema la debida consideración. Kant sí lo hizo, aunque es dudoso que consiguiera resolverlo al invitarnos a obrar de modo que queramos que la máxima de nuestra conducta adquiera el rango de una ley general, puesto que distintos sujetos podrían desear la generalización de máximas asimismo distintas e incluso incompatibles entre sí. En consecuencia, tal vez no sea del todo inapropiado decir que, -a este nivel- la confrontación entre Weber y Kant arroja algo así como un empate. Pasemos, para concluir, al *tercer* y último nivel. En tanto que una ética de convicciones y principios, la ética de Kant resulta ser una ética de «imperativos categóricos» -como el de tratar siempre al hombre como un fin y no tan sólo como un medio-, mientras que la ética weberiana de la responsabilidad únicamente admite imperativos hipotéticos. Ahora bien, lo característico de los imperativos categóricos es su incondicionalidad, que los hace valer independientemente de sus consecuencias y aun a costa del fracaso de aquellos objetivos políticos que -por justos que nos parezcan- no nos estaría permitido conseguir recurriendo para ello a medios injustos. Una ética de imperativos categóricos se negaría a aceptar, por tanto, la regla maquiavélica de que el fin justifica los medios. Como se negaría a aceptar también la lógica del mal menor, puesto que la condena moral de la injusticia no admite grados para ella y ningún bien mayor que la justicia bastaría a conquistar su indulgencia ante violaciones del imperativo categórico kantiano como la consistente, pongamos por ejemplo, en el sacrificio de víctimas inocentes en aras de la consecución de tales o cuales objetivos considerados socialmente prioritarios. El político responsable weberiano, sin embargo, estaría autorizado en ciertos casos a abandonarse a dicha lógica y hasta podría verse forzado a la admisión de que los medios se hallan en ocasiones justificados por el fin. ¿Qué nos impedirá, entonces, identificar a esa su ética con la peor ética del éxito, cuando no con la negación de cualquier ética? Por esta vez, el resultado de la confrontación -al menos si se desea seguir hablando de ética- no puede serle más desfavorable.

La precedente conclusión, lo reconozco, precisa de alguna matización. Pues, en última instancia, una ética de convicciones o principios no tendría otro remedio que hacer suyo el lema ***Fiat iustitia et pereat mundus,*** ya que la misma supervivencia del mundo no valdría -de acuerdo con lo que se acaba de decir- el sacrificio injusto de una sola víctima inocente. Pero, por muy sublimes que sean esos principios, es dudoso que el político, ni nadie, pueda observarlos siempre y sin excepción. Weber tiene probablemente toda la razón cuando llama «odres de viento» a quienes, exentos de responsabilidad por el mundo, piden que éste se hunda si es menester antes que claudicar de sus *principios.* La cuestión es, no obstante, hasta qué punto habría de ser posible esa claudicación sin un quebranto de la moralidad como el supuesto por la regla de Maquiavelo. Alguna vez se ha dicho que, más que una inmoralidad, la regla maquiavélica entraña una perogrullada, toda vez que el fin condiciona los medios tanto como los medios condicionan el fin. Ahora bien, condicionar no es exactamente lo mismo que justificar. Condiciónenlo o no, los medios más decentes no justificarán jamás un fin indecente, si bien es cierto que medios indecentes pueden condicionar -en el sentido de convertirlo en injustificable- el más decente de los fines; y, por lo mismo, un fin decente no justificará tampoco nunca el recurso a medios indecentes, como Rosa Luxemburg sabía bien cuando escribía: «La práctica del socialismo exige una completa transformación espiritual en las masas degradadas por siglos de dominación burguesa. Instintos sociales en lugar de instintos egoístas, iniciativa de las masas en lugar de inercia, idealismo capaz de pasar por encima de cualquier sufrimiento, etc. Nadie lo sabe mejor, lo describe con más eficacia, lo repite con más obstinación que Lenin. Sólo se engaña completamente sobre los medios. Decretos, poderes dictatoriales de los directores de fábrica, penas draconianas, reinado del terror. Todos ésos no son, en definitiva, sino métodos que frenan aquel renacer» [31]. Lo que el recíproco condicionamiento entre medios y fines revela, por lo tanto, no es que los fines sean indiferentes cuando se da una coincidencia de los medios -como no ha faltado quien sostenga que es el caso del socialismo y el fascismo-, sino sencillamente que los medios no son indiferentes en la persecución de ningún fin. Y que tanto sobre los unos como sobre los otros recae el juicio moral. Pero, por lo demás, la acción política no presenta al respecto ninguna excepcionalidad. Pues quizá sea el momento de advertir que, contra lo que Weber parece suponer, no hay ni puede haber dos éticas, una ética «de los políticos» -algo así como el ***dharma*** de la casta política- y otra para los demás mortales. Los políticos, en efecto, tienen con gran frecuencia que violar el imperativo categórico kantiano, pero en tal eventualidad no es cosa de decir que se estén comportando responsablemente, de acuerdo con las reglas de un código moral peculiar, cuando con toda propiedad podría decirse que lo están haciendo inmoralmente, como lo hace cualquiera de nosotros, el que más y el que menos, en su vida particular. Y cuando, para citar el ejemplo de Weber, un político honrado se detiene al llegar a un cierto punto, renunciando a seguir porque no puede obrar de otra mane-

[31] R. Luxemburg, *Die russische Revolution,* ed. B. Krauss, Hameln, 1957, (hay trad. cast. de D. Acosta, Bogotá, 1976), pp. 81 y ss.

ra sin traicionar a sus principios, tampoco necesita echar para ello mano de otra ética que la ética practicada, mejor o peor, por el resto de sus semejantes. De hecho, las palabras que Weber pone ahí en boca del político -*Ich kann nicht anders, hier stehe ich*- no son sino las de Lutero ante la Dieta de Worms. Y las razones que impulsaron a éste a pronunciarlas no eran estratégicas ni tácticas sino, sin más, razones dictadas por la voz de su conciencia.

En resumidas cuentas, pues, cabría concluir que Weber planteó un falso problema al distinguir entre las éticas de la responsabilidad y la intención, pero que dicho planteamiento se acompaña -y de ahí su renombre merecido- del de un problema genuino: el de la relación no entre aquellas dos éticas, sino entre ética y política. La confusión de ambos problemas ha llevado a interpretar más de una vez la distinción weberiana en un sentido un tanto maniqueo, reservando la conducta «racional» y «responsable» para el practicante de la política de moderación y compromiso -*expedient politics*- que el intérprete favorecería y asignando, en cambio, la violencia extremista repudiada por éste al creyente en una ética de fines absolutos, fanáticamente sostenidos como insusceptibles de cualquier compromiso [32]. Ahora bien, es verdad que Weber -para quien una de las ejemplificaciones de la ética «acósmica» de la pura convicción sería el Sermón de la Montaña- previno, perspicazmente, contra la propensión de quienes repetidamente predican «el amor frente a la guerra» a predicar acto seguido la violencia, la violencia «definitiva» que habría de traer consigo la aniquilación de «toda violencia»; mas no fue menos perspicaz al llamar la atención sobre el hecho de que el poder descansa siempre en la violencia -aun cuando se la apellide de «legítima»-, de suerte que la entrada en la política equivale -son sus propias palabras- a «sellar un pacto con el diablo». Y, en cuanto a la ecuación entre «racionalidad» y «responsabilidad», se ha señalado que esta última palabra no tendría por qué constituir *a halo word*, una palabra revestida de ningún halo o aureola, siendo como es un término descriptivo que se limita a connotar la predisposición a tomar en cuenta las consecuencias y resultados de nuestras decisiones y actuaciones más bien que las intenciones que las motivan o las convicciones que las respaldan [33]. Aun a riesgo de incurrir en lo que para Weber tal vez no pasaría de la adopción de una actitud infantil ante la política, no está de más que recordemos que esta última se halla a un tiempo solicitada por la razón instrumental y por la razón práctica y ha de atender tanto a una como a otra solicitación: su relación con la ética, empero, tiene bastante más que ver con la segunda que con la primera.

A menudo se piensa que la opción por la razón instrumental, o racionalidad de los medios, frente a la razón práctica o racionalidad de los fines habría de comportar -junto con la preterición de la ética- la renuncia a finalidades absolutas, renuncia que veíamos hace un instante celebrar como si se tratara de la vía más segura para la erradicación del fanatismo político.

32 Cfr. Daniel Bell, *The End of Ideology*, Nueva York, 1960 (hay trad. cast. de A. Saoner, Madrid, 1967), pp. 288-9.

33 Cfr. Dennis H. Wrong, Introducción a D. H. Wrong (ed.), *Max Weber*, Englewood Cliffs, 1970, pp. l-76, pág. 61.

Esto último no necesita ser en manera alguna cierto, pues nada hay en principio que impida que la adhesión a determinados fines o valores considerados absolutos resulte compatible con la liberal admisión del pluralismo valorativo [34]. Pero tampoco lo primero tendría por qué ser cierto, habida cuenta de que el ejercicio de la razón instrumental -que con frecuencia se reduce, aun si no siempre ni obligatoriamente, a una tecnología al servicio de la dominación política- pudiera convertirse en un fin en sí mismo, susceptible a su vez de absolutación.

Puestos a ofrecer un buen ejemplo de ello, no lo habría mejor que el del O'Brien de *1984* de Orwell cuando afirma que -a diferencia de la época del nazismo alemán o el comunismo ruso, en la que se consideraba aún necesario disfrazar de principios a los objetivos políticos- ha llegado el momento de reconocer que «el objetivo del poder es el poder». La brutal simplicidad de semejante reconocimiento contribuye a la actualidad del texto de Orwell en medida mayor, a mi entender, que la denuncia del totalitarismo comunista ni nazi; y es también la que, al margen de consideraciones relativas a la calidad literaria, lo sitúa a la cabeza de la literatura disutópica -por encima del *Nosotros* de Zamiatin e incluso de *Un mundo feliz* de Huxley- en este siglo que por algo se ha ganado la reputación de ser no sólo el del «ocaso de la utopía» o su no-lugar, sino, más aún, la era y el lugar de la *disutopía.* Después de todo, tanto el «Estado Unido» de Zamiatin cuanto el del «Mundo nuevo» de Huxley persiguen fines no innobles -como la felicidad de sus súbditos, aun si ésta linda allí con la despersonalización y la imbecilidad de los mismos-, desvirtuados por el uso de medios deplorables, como un poder capaz de cercenar todo asomo de libertad. Pero para el partido en cuyo nombre habla O'Brien, «el poder no es un medio sino un fin». Su ideología no es, pues, la del Gran Inquisidor -para quien «el mal es un medio destinado a hacer posible el bien»- sino la del poder por el poder sin detenerse en reflexiones sobre el bien ni el mal, poder cuyo ejercicio conduce en el extremo no ya a la destrucción mental o física del individuo -como el caso de D-503 o de John el Salvaje en las novelas respectivas de Zamiatin y Huxley-, sino a su destrucción moral, como en el caso del Winston Smith de Orwell. La novela de este último pudiera interpretarse, más bien que como un vaticinio a treinta y tantos años vista, como una meditación en torno a los estragos de la ideología del poder por el poder; una ideología que, tras haber trocado en un rostro anodino la torva faz con que Orwell la retrata, vendría en definitiva a coincidir con las de las organizaciones políticas burocratizadas y sujetas a la famosa *ley de hierro* de Michels, la ideología asumida y encarnada por el *bureaucratic personality type* de Merton o el *organization man* de Whyte y cuya promoción desde el Estado conducirá a hacerla plasmar en la *sociedad totalmente administrada* de Horkheimer hacia la que, en efecto, nos encaminamos, si no estamos ya en ella. Así como los movimientos totalitarios fueron un día llamados «ortodoxias sin doctrina», las concreciones políticas de la ideología del poder por el poder merecerían más bien llamarse «maquinarias ideológicas de-

34 He desarrollado este punto con alguna extensión en mi trabajo «¿Politeísmo o irracionalismo? Un dilema positivista», *Contrafacta,* en prensa.

sideologizadas», esto es, carente de principios, y constituyen el ardid del que la astucia de la razón instrumental se está valiendo en 1984 para reproducir -sin duda desdramatizándola, pero también, por eso mismo, incrementando nuestra indefensión- la pesadilla de *1984*.

Es muy posible, pues, que nos estemos efectivamente acercando -aun si en un sentido muy distinto del de la frase marcusiana- al «final de la utopía» [35], lo que explicaría -junto a la innegable pérdida progresiva de actualidad de la utopía en tanto que género no sólo literario, sino asimismo filosófico [36]- el arrollador auge, no menos innegable, de ese otro género que la filosofía social conoce hoy bajo el nombre de «crítica de la utopía» [37].

Mas vaya o no camino de su extinción definitiva, el pensamiento utópico parece haber acreditado por lo menos una cierta capacidad de supervivencia gracias a la llamada «transformación teorético-comunicativa del problema de la utopía» [38]. Peter Brenner ha descrito así dicha transformación: «Los problemas del pensamiento utópico contemporáneo han impuesto un replanteamiento de la discusión... Las contribuciones de Jürgen Habermas y de Karl-Otto Apel tratan de hacerse cargo de la situación aporética de aquéllos renunciando al efecto a la propuesta de ideales utópicos positivos a la manera de Bloch... En su lugar, mediante un giro de la argumentación a través de la teoría de la comunicación, tienden más bien a diseñar el marco formal al que ha de remitir forzosamente la formulación de tales ideales» [39]. Ello no excluye, en cualquier caso, que ese diseño posea a su vez un contenido utópico, del que cabría dar acertadamente cuenta diciendo que -en medio de la generalizada falta de fe, y de esperanza, en cualquier propuesta utópica- «la demanda de una razón para la utopía deviene en la utopía de una racionalidad fundamentada» [40].

35 Para Marcuse -*Das Ende der Utopie,* Berlin, 1967 (hay trad. cast. de M. Sacristán, Barcelona, 1968)-, «el final de la utopía» significaba, por el contrario, nada menos que su efectiva -ademas, ahí es nada, de inminente- realización.

36 Hermann Lübbe registra aquel viraje como un «cambio de marcha» o de tendencia característico de nuestra coyuntura sociocultural en «Fortschritt als Orientierungsproblem im Spiegel polischer Gegenwartssprachen, en E. Klett (ed.), *Tendenzwende?,* Stuttgart, 1975, así como en sus libros *Fortschritt als Orientierungsproblem,* Friburgo, 1975; *Unsere stille Kulturrevolution,* Zurich, 1978; y *Praxis der Philosophie, Praktische Philosophie, Geschichtsphilosophie,* Stuttgart, 1978.

37 En una línea en la que fueron precursores, cada uno en su estilo, Ernst Topitsch y Arnold Gehlen -por no hablar de Hans Freyer-, véanse hoy -además del conocido libro de Robert Spaemann, *Zur Kritik der politischen Utopie,* Stuttgart, 1977-el «proweberiano» de Hans Jonas, *Das Prinzip Verantwortung,* Francfort del Main, 1979 y el «antiblochiano» de Helmut Schelsky, *Die Hoffnung Blochs,* Stuttgart, 1979.

38 Cfr. P. J. Brenner, «Aspekte und Probleme der neueren Utopiediskussion in der Philosophie», en Wilhehn Vosskamp *(ed.), Utopieforschung. Interdisziplinäre Studien zur neuzeitlichen Utopie,* 3 vols., Stuttgart-Tubinga, 1982, vol. 1, pp. 1 l-63.

39 *Ibid.,* pág. 41.

40 Cfr. el excelente trabajo de Rafael del Águila, «Crítica y reivindicación de la utopía: la racionalidad del pensamiento utópico», *Revista Española de la Investigaciones Sociológicas,* 25, 1984, pp. 37-70, pág. 68.

Ahora bien, es sabido que las divergencias entre las respectivas filosofías de Habermas y Apel cuentan últimamente tanto como sus primitivas convergencias [41]. Y mientras Habermas se muestra generalmente reticente ante la aplicación del calificativo «utópico» a su pensamiento, Apel al menos ha aceptado alguna vez -si bien de forma matizada- la en estos tiempos tan incómoda calificación [42]. Todo lo cual parece hacer aconsejable concentrarnos en la aproximación del propio Apel al problema de la utopía, mas cuidando de destacar, en primer término, su común denominador con la de Habermas [43].

Atendamos, por tanto, a dicho denominador común, para lo que quizás sea conveniente retornar ahora una cuestión dejada antes en suspenso. Me refiero a la cuestión de la conciliación de la pretensión de universalidad de las leyes de la moralidad, por un lado, y del requisito de la autonomía de los sujetos morales por el otro. Kant, como se apuntó, dejó sin resolver ese problema, aun cuando fue el primero en planteárselo con absoluta nitidez. Se lo planteó nítidamente, pues la ética, según él, había de legislar para todo el mundo, mas sin por ello excluir, antes al contrario, que cada uno de nosotros sea un legislador. No lo llegó, no obstante, a resolver, pues para resolverlo no bastaba -según tuvimos ocasión de constatar- con la invitación a que obremos de manera que quisiéramos que la máxima de nuestra conducta se convierta en ley universal. En efecto, las máximas de conducta de sujetos diferentes podrían también ser diferentes, de suerte que la fórmula kantiana no garantiza por sí sola la coincidencia, ni tan siquiera la compatibilidad, de sus legislaciones respectivas. De ahí que Habermas haya reformulado en nuestros días de este otro modo la fórmula de Kant: «en lugar de considerar como válida para los demás aquella máxima de conducta que convertirías en ley universal, sométela a la consideración de los demás a fin de hacer valer discursivamente su pretensión de validez» [44]. Lo que la nueva fórmula de Habermas parece sugerir es que, si algún día los hombres alcanzásemos a constituir una auténtica comunidad, tal vez todos y cada uno de los miembros de esa comunidad podríamos hacer algo por ponernos de acuerdo -a través de un *diálogo racional,* esto es, a través de aquel uso de la razón en que consiste la *racionalidad dialógica* [45]- sobre qué máximas

41 Véase sobre mi trabajo «Más allá del contrato social: Venturas y desventuras de la ética comunicativa», cap. VII de *Desde la perplejidad,* cit.

42 Apel, «Ist die Ethik der idealen Kommunikationsgemeinschaft eine Utopie?», en W. Vosskamp (ed.), *Utopieforschung,* cit., vol. I, pp. 325-55.

43 Apel, *op. cit.,* no sólo cuida de destacar ese común denominador, sino que incluso se diría que lo exagera, pasando por alto -o acaso, dada la presumible fecha de redacción de su trabajo, no habiendo tenido la ocasión de tomarlo en consideración- el reciente distanciamiento de Habermas (a partir, sobre todo, de la *Theorie des Kommunikativen Handelns,* 2 vols., Francfort del Main, 1981; hay trad. cast. de M. Jiménez Redondo, en preparación) respecto de algunas de las posiciones anteriormente compartidas por ambos.

44 Habermas, «Diskursethik», en *Moralbewusstsein und Kommunikatives Handeln,* Francfort del Main, 1983, pp. 53-126, pág. 77.

45 Cfr. «Mas allá del contrato social», cit.

morales merecerían ser tenidas por leyes universales, qué valores o fines últimos estaríamos dispuestos a compartir, qué necesidades e intereses reconoceríamos como comunes al género humano. La idea de semejante acuerdo no suplanta, al menos en principio, el fuero interno de la moral personal de cada cual, sino intenta más bien complementarlo mediante «un canon crítico con el que sancionar cualquier legislación en el dominio de la moral pública, pues tal legislación sólo podría obligar en la medida en que la totalidad de los implicados hayan participado en su formulación» [46]. Mas el intento es, ciertamente, más fácil de enunciar que de llevar a cabo. O, dicho de otro modo, la dificultad habermasiana de conciliar ambas morales -la moral personal y la moral pública- no tendría por qué resultar menor que la dificultad kantiana de conciliar la aspiración de la legislación de la ética a ser una con la existencia de multitud de legisladores. El diálogo racional, sin duda, es necesario para lograr aquel acuerdo de que nos habla Habermas, pero no está ni mucho menos claro que sea asimismo suficiente. Y, en un mundo como el que nos ha tocado vivir, un acuerdo de esa índole no dejara seguramente de parecer una quimera. Mas, comoquiera que ello sea, de esa quimera se alimenta lo que solemos entender por democracia. Pues, en términos éticos, la sustancia de la democracia se reduce a conceder voz y voto en el diálogo a todos y cada uno de los miembros de la comunidad, comenzando -si es prematuro hablar, como lo es en nuestro mundo, de una comunidad humana universal- por aquellas comunidades de las cuales formamos efectivamente parte dentro de este último.

Para dejar proseguir a Apel con la caracterización de tal «comunidad», digamos, ante todo, que la concibe como una *comunidad de comunicación* o de diálogo, distinguiendo a continuación entre lo que él mismo llama comunidad *ideal* y comunidades reales de comunicación. Una comunidad «real» de comunicación se hallará siempre constituida por un determinado «juego de lenguaje» en la acepción wittgensteiniana de esta expresión [47]. Y la «forma de vida» en que consiste puede imponer, por no decir que invariablemente las impone, restricciones dimanantes de la vigencia en su interior de estructuras de dominación. En estas condiciones, es dudoso que los acuerdos adoptados por los miembros de la comunidad se hallen en algún caso enteramente libres de coacciones ni merezcan, por tanto, ser tenidos por «racionales», como no sea en el sentido estratégico o táctico propio de la razón instrumental. En opinión de Apel, sin embargo, no es impensable un juego de lenguaje o una forma de vida -que representaría idealmente algo así como el analogado principal de cualquier otro juego de lenguaje o cualquier otra forma de vida- en que, «en ausencia de dominación», la comunicación fluya irrestricta y el consenso comunitario no responda sino a la única

46 Habermas, «Diskursethik», cit., pp. 86 y ss.

47 Sobre la peculiar asimilación de la filosofía del lenguaje del Wittgenstein de las *Philosophische Untersuchungen* por parte de Apel, véanse los trabajos de este último «Wittgenstein ind das Problem des hermeneutischen Verstehen», «Sprache als Thema und Medium der transzendentalen Reflexion» y «Der transzendentalhermeneutische Begriff der Sprache», *Transfomation der Philosophie,* cit., vol. I, pp. 335-77; vol. II, pp. 311-29, 330-57.

coacción de la *argumentación.* Y sólo si se piensa en tal comunidad «ideal» tendría sentido para Apel demandar que los miembros de la comunidad real rijan su mutua interacción por otra racionalidad que la de la razón instrumental, racionalidad aquélla que llamábamos -frente a la «racionalidad estratégica» o táctica- racionalidad comunicativa o «dialógica». Apel la denomina «racionalidad argumentativo-consensual», en gracia a que no sólo se sirve de argumentos -lo que remonta su genealogía nada menos que al discurso argumentativo del Sócrates de los *Diálogos* platónicos- sino tiene por objetivo, más allá del contractualismo o neocontractualismo de buena parte de la filosofía moral y política reciente, el logro de un consenso racionalmente fundado entre las partes dialogantes. Y para él vendría, en suma a identificarse con la «razón práctica». En cuanto a la demanda de acudir a esa suprema instancia, dicha demanda entraña el recordatorio de un deber moral, deber que da cuerpo a una ética que con toda justicia recabaría para sí el título de «ética comunicativa». Únicamente esa ética comunicativa nos podría sacar de la aperplejante situación paradójica de que hablábamos al comienzo del presente trabajo, pues su cometido no es otro que el de instituir para todo ser humano la obligación de «aproximar» cualquier comunidad en la que participe -incluida la humanidad en cuanto comunidad, al menos potencialmente, universal- a las ideales condiciones de la comunidad ideal de comunicación [48]. Con lo que, finalmente, llegamos a la pregunta que inspira la reflexión de Apel en torno a la «utopía dialógica»: *¿es la ética comunicativa una utopía ?*

Adelantando su respuesta, Apel dirá que *no* si aquel interrogante hubiera de entenderse como equivalente a la pregunta «¿Es la ética comunicativa *nada más que* una utopía?», pero responderá que *sí* si «la ética de la comunidad ideal de comunicación» es entendida como «una suerte de justificación de la *intención utópica»* [49].

En orden a articular su reflexión, Apel procede en tres etapas que nos interesan aquí desigualmente. En primer término, se embarca en una crítica de la utopía que hemos llamado «escatológica» con el fin de deslindar la ética de la comunidad ideal de comunicación de semejante «concepto de utopía gobernado por la filosofía especulativa de la historia» al que más de una vez se ha visto asociada [50]. A continuación, trata de establecer cuál sea -desde su particular punto de vista- la auténtica naturaleza de la relación entre «ética y utopía». Por último, y en la línea de su anterior crítica de la utopía, se explaya en consideraciones relativas a la necesidad de confiar la «realización de las condiciones formales de una comunidad ideal de comunicación» a una política ajustada a las exigencias de la «ética» de la responsabilidad [51]. Para nuestros efectos, podemos prescindir de la primera y de

48 Apel, «Ist die Ethik der idealen Kommunikationsgemeinschasft eine Utopie?», cit.. pp. 333 y ss.

49 *Op. cit.,* pp. 338 y ss.

50 *Ibid.,* loc. cit.

51 *Ibid.,* pp. 340-6.

la última de esas tres etapas, pues tanto el tema de la utopía «escatológica» como el de la «ética» de la responsabilidad -temas que Apel refiere, respectivamente, a Bloch y a Weber- han sido ya tratados por nosotros páginas atrás. Y por lo que hace al tratamiento apeliano de los mismos a través de su propia «crítica de la utopía», a mi entender innecesariamente motivada por la actual ola de crítica neoconservadora del pensamiento utópico, su consideración parece aconsejable posponerla al desarrollo por parte del autor de una prometedora «crítica de la razón utópica» por el momento apenas esbozada [52]. Vayamos, pues, con el segundo y central de los pasos mencionados. En él Apel se ocupa, según quedaba dicho, de la relación entre ética y utopía, esto es, de la pregunta «¿Cómo se relaciona la ética comunicativa con la intención utópica del hombre?».

La ética comunicativa, habíamos adelantado, no se reduce para Apel a una utopía, pero éste no vacila en asignarle la tarea de suministrar una «justificación parcial» *(partielle Rechtfertigung)* de la intención utópica. He aquí cual es su punto de partida [53]: «El discurso argumentativo... descansa de hecho sobre una idealización en el sentido de una cesura *(Trennung)* entre la *racionalidad argumentativo-consensual* y la *racionalidad estratégica.* Semejante cesura se halla lejos de resultar característica de las formas humanas de comunicación con anterioridad a, y excepción hecha de, la introducción del discurso argumentativo, e incluso para el propio discurso por ella constituido en cuanto institución no pasa de permanecer al mismo tiempo como una «idea regulativa» que nunca encontrará correspondencia plena en el mundo de la experiencia... Ahora bien, de dicha circunstancia no se sigue en manera alguna que la ética presupuesta en el discurso argumentativo carezca de capacidad de obligar en la resolución de los conflictos prácticos de la vida, pues quienquiera que se comprometa seriamente en una argumentación... presupone desde un comienzo y por anticipado *(immer schon)* que el discurso bajo las condiciones argumentativas de una comunidad ideal de comunicación no es simplemente un «juego de lenguaje» entre otros posibles, sino que está implicado en cualquier juego posible de lenguaje como *la única instancia fundamentadora y legitimadora* pensable...». Para poder decir, empero, que ética y utopía se relacionan, es preciso que ambas puedan ser distinguidas entre sí. ¿Cuál será entonces el criterio de esa su distinción? En un primer intento de distinguirlas, tal vez cabría hacer ver que tanto la ética como la utopía anticipan un ideal, pero que -mientras la anticipación utópica versa sobre «una representación empírica de ese ideal, bajo la forma de un posible mundo alternativo»- la anticipación ética enfoca «el ideal más bien como una idea regulativa, nunca completamente realizable en la práctica». Sin ser ello inexacto, no agota, sin embargo, la cuestión

52 Para una primera aproximación a nuestro tema -que a mí personalmente me ha inducido alguna vez («De la intrascendentalidad de la razón», cap. IV de *Desde la perplejdad)* a conceptuar a la ética comunicativa apeliana no sólo como «utópica» sino también como «escatológica»-, véase Apel, «Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft», cit., pp. 423 y ss.

53 Apel, «Ist die Ethik der idealen Kommunikationsgemeinschaft eine Utopie?», pp. 325-6.

para Apel, quien insiste en que la anticipación ética lo es también de «una situación ideal» *(Idealzustand)* que la ética invita -si no con todo lujo de detalles empíricos, al menos tampoco de manera puramente abstracta- a traer a existencia en el futuro, de donde se desprendería una justificación ética no sólo del «deber de superar a la larga la contradicción entre la realidad y el ideal» sino también de la mismísima «fe en el progreso» *(Fortschrittsglaube)* a comportar por tal superación. Con este colorario entramos, como Apel no puede por menos de reconocer, en los pantanosos aledaños de la filosofía especulativa de la historia, la cual da por sentada -al igual que su antecesora, la escatología judeocristiana- «la realización en el tiempo del ideal conforme a la ley dialéctica de una teleología del decurso histórico». Apel se ve necesitado, por lo tanto, de difíciles ejercicios de equilibrio en orden a sortear un tal escollo. He aquí cuál es su conclusión: «... Al postulado *éticamente* fundamentado del progreso no hay que asociar ni la renuncia a la progresiva realización del ideal ni la representación de una verificación escatológica en el tiempo... A este respecto, desearía más bien establecer una distinción relevante entre la dimensión ética de futuro del deber ser incondicionado *(die ethische Zukunftdimension des unbedingten Sollens)* ... y la dimensión filosófico-histórica de futuro de la predecibilidad *(die geschichtsphilosophische Zukunftdimension der Voraussagbarkeit)*... La decisiva preeminencia fundamentante quisiera, empero, adjudicársela a una *teleología de signo deóntico* correspondiente a la primera dimensión, desde cuya perspectiva el determinismo de la filosofía especulativa de la historia habría de ceder el paso al siempre renovado intento de una reconstrucción crítica de la historia animada por una intención práctica...» [54]. Ya que no una pieza de estricta filosofía especulativa de la historia, la de Apel resulta cuando menos -de nuevo según su expreso reconocimiento- una «cuasi-pieza» *(quasi-geschichtsphilosophische)* de dicho género filosófico, a saber, una pieza de literatura «cuasi-utópica» que me temo que también siga resultando «cuasi-escatológica».

Con mayor propiedad que a través de su discutible recurso a una «teleología de signo deótico» llamada a reafirmar nuestra desalentada fe en el progreso, lo que Apel trata de expresar en los párrafos precedentes -y, de manera muy especial, su reivindicación de la ética frente a la filosofía de la historia- podría tal vez ser expresado echando mano de la distinción, recogida por Neusüss, entre un modelo «horizontal» y un modelo «vertical» de la utopía [55]. En el primero de ambos casos, la utopía -esto es, el correlato

54 Hay que advertir a este respecto que, contra lo que Apel -*op. cit.*, pp. 327 y ss.- parece sugerir, no toda *filosofía especulativa de la historia* necesita ser escatológica: así se explica que, por una parte, la tradicional distinción entre filosofía «analítica» y filosofía «especulativa» de la historia se halle hoy sujeta a revisión (cfr. Haskell B. Fain, *Between Philosophy and History. The Resurrection of Speculative Philosophy of History Within the Analytic Tradition*, Princeton, 1970), mientras, por otra parte, ni siquiera parezca descabellada la idea (cfr. Gerald A. Cohen, *Karl Marx's Theory of History. A Defence*, Oxford, 1979) de aplicar el instrumental analítico a la defensa de una cierta filosofía especulativa de la historia, como lo sería el materialismo histórico, una vez depurada de residuos escatológicos.

55 A. Neusüss, *Utopie*, cit., Introducción, III, 2, donde Neusüss se inspira en la distinción de Paul Tillich, *Kairos und Utopie*, Stuttgart, 1963, entre una línea «horizontal»

de la intención utópica- constituiría ni más ni menos que la coronación del desarrollo lineal de la historia, en la que el ser acabaría al fin coincidiendo con el supremo bien tras la efectiva realización del ideal utópico. En el segundo caso, en cambio, la utopía incidiría más bien en perpendicular sobre el proceso histórico, esto es, sobre tal o cual momento dado de éste, reactualizando en cada uno de esos instantes el contraste entre la realidad y el ideal -la tensión entre el ser y el deber ser- y fragmentando, así, el cumplimiento de la intención utópica, que no hay por qué pensar que alcance definitivo cumplimiento. Se trata, como vemos, no sólo de *distintos modelos de utopía*, sino asimismo de *distintas concepciones de la ética*, a saber, una concepción teleológica de la misma -indisolublemente ligada en este caso a una filosofía escatológica de la historia- y otra de corte deontológico, que no requiere en principio del concurso de ninguna escatología [56]. En una obra como la de Bloch coexisten ambos modelos y ambas concepciones. Pero, a fin de cuentas, la *utopía horizontal* y la ética del bien supremo terminarán por imponerse dentro de ella sobre la ética del deber y la *utopía vertical* [57]. Y, si sólo existiera aquel modelo de utopía y aque-

y una línea «vertical» -relacionadas ambas con «la dimensión suprahistórica del reino de Dios»- dentro de las «profecías utópicas», distinción ésta teológica de la que no podemos apropiarnos sin modificar su sentido, pues -tal y como Tillich la formula *(op. cit.*, pp. 150 y ss.)- aludiría más bien a un plano metahistórico, paralelo acaso al de la historia, pero no obstante diferente de -si no ajeno a- la historia misma.

56 Por lo común, una y otra concepción -como uno y otro modelo- se asocian respectivamente a actitudes eudemodistas o autonomistas, según parece registrarlo el propio Bloch en su intento -a que nos referimos a continuación- de propugnar la coexistencia, y hasta la comunión, de las distintas tradiciones de la «utopía social» y del «derecho natural» *(Naturrecht und menschliche Würde*, Gesamtausgabe, vol, VI, Francfort del Main, 1961; hay trad. cast. de F. González Vicén, Madrid, 1980): «Aun cuando las *utopías sociales* y las *teorías iusnaturalistas* estaban de acuerdo en lo decisivo, en el logro de una sociedad más humana, entre ambas se dan diferencias muy importantes. Concisamente expresadas, estas diferencias son: la utopía social estaba dirigida a la felicidad humana; el derecho natural, en cambio, a la dignidad humana. La utopía social diseñaba de antemano situaciones en las que dejan de existir los *agobiados y oprimidos*, mientras que el derecho natural construye situaciones en las que dejan de existir los *humillados y ofendidos*... Las utopías sociales están dirigidas principalmente a la *dicha* o, por lo menos, a la eliminación de la necesidad y de las circunstancias que mantienen aquélla. Las teorías iusnaturalistas, en cambio, están dirigidas predominantemente a la *dignidad*, a los derechos del hombre, a garantías jurídicas de la seguridad o libertad humanas, en tanto que categorías del orgullo humano. Y de acuerdo con ello, la utopía social esta dirigida, sobre todo, a la eliminación de la miseria humana, mientras que el derecho natural está dirigido, ante todo, a la eliminación de la humillación humana: la utopía social quiere quitar de enmedio todo lo que se opone a la *eudemonía de todos*, mientras que el derecho natural quiere terminar con todo lo que se opone a la *autonomía* y a su eunomía». (*Op. cit.*, Vorwort, pp. 13-4; pp. 233 y ss.).

57 Para ser exactos, Bloch -tal vez porque, en su filosofía, tanto la «utopía social» como el «derecho natural» se hallan abiertos por igual a una interpretación escatológica no alcanza a ver la posibilidad de conflicto entre una y otro, lo que le lleva a proponer -como es característico de su pensamiento- «su síntesis en el marxismo» (*Ibid.*, pp. 235-8; cfr. Felipe González Vicén, «Ernst Bloch y el Derecho natural», *Sistema*, 27, 1978, «Ernst Bloch Philosophie der Utopie», en W. Vosskamp, ed. *op. cit.*, pp. 293-303).

lla concepción de la ética, nada tendría de extraño que el descrédito actual de la utopía comportase de paso la todavía más grave ruina de la ética. El curso de la historia, desde luego, no parece enderezarse en la por Bloch soñada dirección de la consumación del mito de la identidad del sujeto y el objeto, que -en su concreción más directamente política- tendría que concretarse en la identificación del hombre como individuo y el hombre como ciudadano, o de la sociedad civil y el Estado, con la consiguiente abolición de este último y su sustitución por una democracia radical. Una identificación cuya conquista sería la tarea histórica asignada por Bloch, como antes por Marx mismo, al socialismo [58].

No hay que decir que esa conquista no se ha producido hasta la fecha ni tiene el menor viso de producirse en un futuro previsible. En el llamado mundo socialista, la abolición del Estado se halla sin duda más allá de cualquier poder humano de imaginación, y -antes que a la progresiva superación del divorcio entre la sociedad civil y el Estado- asistimos en nuestros días a un recrudecimiento de su mutua oposición. Y, en lo que concierne al mundo capitalista, son legión los observadores que han llamado insistentemente la atención sobre el desbordamiento de la Nación-Estado clásica, pero por obra y gracia de las grandes corporaciones multinacionales -constituídas, a su vez, en una suerte de organización superestatal a escala mundial-, lo que no sirve mucho que digamos para levantar de su postración a nuestros enervados ánimos libertarios. Mas no por ello habríamos de hacer virtud de la necesidad, abandonándonos a un cántico a las excelencias del Estado -así se trate del llamado «Estado social»-, la resistencia frente al cual, por lo

58 Por proseguir con *Naturrecht und menschliche Würde,* se lee allí: «Marx descubrió la propiedad como determinante entre los demás derechos del hombre, razón por la cual éstos aparecen tanto más truncados. Ahora bien, al mostrar Marx la propiedad como limitación burguesa en los derechos del hombre, ¿niega, por eso, las otras exigencias de los mismos, como la libertad, la resistencia del pueblo a la opresión o la seguridad? *En absoluto,* como es evidente; su intención está dirigida, al contrario, a un despliege consecuente, a un despliegue no impedido ni a la larga aniquilado por la propiedad privada, de todos *esos derechos humanos...* Solidaridad en el socialismo significa que, en lo relativo a los derechos del hombre, *l'homme* no representa ya el individuo egoísta, sino el individuo socialista, el cual, según la profecía de Marx, ha transformado sus *forces propres* en fuerzas político-sociales. De tal suerte que le *citoyen,* que en la Revolución francesa vivía en un más allá abstractamente moral, es ahora rescatado de dicho más allá y retrotraído a la terrenalidad de la humanidad en sociedad. Y sólo entonces, dice Marx, se habrá llevado a cabo la emancipación del hombre» *(op. cit.,* pp. 203-6). «El Estado, en tanto que socialista, sería según la consigna de Marx, el Estado en su *forma completamente invertida,* no comparable con ninguna de las anteriores. El Estado funciona simplemente como servidor de su propio acabamiento, un andamiaje y unos travesaños transitorios para la edificación del no-Estado... En lugar de la antigua sociedad burguesa con sus clases y sus oposiciones de clase, aparece una asociación en la que el libre desenvolvimiento de cada uno es la condición para el libre desenvolvimiento de todos *(Manifiesto comunista)...* Y como ningún Estado de Derecho puede ocultar a la larga la esencia catastrófica del capitalismo, lo mismo que tampoco ningún efecto estalinista, por diversas que sean sus causas, puede ocultar el triunfo más humano de todos los triunfos, el triunfo del socialismo, hay que concluir que estas palabras de Marx tienen validez *ante rem,* pero también *in re* y *post rem;* su verdad es *index sui et falsi» (Ibid.,* pp. 309-10).

demás, no debiera tampoco confundirse con el intento de desmantelarlo en sus aspectos asistenciales y benefactores por parte de la reacción neoliberal o neoconservadora, donde ambos «neo-ismos» -neoliberalismo, neoconservadurismo- merecerían más bien ser reputados como «paleo-ismos». La lucha por una democracia radical, en cualquier caso, podría seguir valiendo éticamente la pena del esfuerzo aun cuando ya no la avale filosofía ninguna de la historia ni responda a otra intención utópica que aquélla que no precisa de horizontes -diríase hoy que perdidos, más aún que lejanos- para perseverar. Y algo por el estilo vendría a ocurrir con nuestra apuesta a favor de la utopía dialógica, que para nada necesita envolver juicio alguno sobre su harto dudosa verosimilitud histórica. Pues pocas cosas, en efecto, resultan tan inverosímiles por el momento como -para servirnos de la bella descripción de Emilio Lledó- «la utopía de la comunicación plena, de un alcance mayor que aquel heraldo de la *Ilíada*, Stentor, cuya voz recuerda Aristóteles en la *Política* y cuyo alcance marca el límite fuera del cual ya no hay *pólis* » 59 Lo que una advertencia así pretende no es negar, rousseaunianamente, que la auténtica democracia sea posible en nuestra complejas sociedades actuales a consecuencia sólo de su complejidad. Después de todo, la tecnología de la comunicación pone actualmente a nuestra disposición un abundante repertorio de voces estentóreas capaces de llegar a los confines de cualquiera de dichas sociedades e incluso de trascenderlos ampliamente. Mas lo que ni la voz más estentórea podría garantizar es que la comunicación dentro de ellas sea suficientemente plena en el sentido de sustraída a la manipulación, recíproca, simétrica y, en una palabra, democrática. Nada digamos, pues, de la comunidad universal de comunicación. Por «universal» que fuese tal «comunidad» -hoy por hoy, a decir verdad, inexistente-, seguiría presumiblemente siendo una comunidad real, no una comunidad ideal de comunicación en que reinase lo que cabría llamar una absoluta «transparencia comunicativa». La real universalidad de la comunicación -ya de por sí improbable- estaría lejos, ciertamente, de asegurarnos que ésta sea, además de realmente universal, idealmente transparente.

De cualquier modo, la contraposición entre opacidad y transparencia comunicativa da pie a la distinción de Apel entre el simple «acuerdo fáctico» de una comunidad real y el «consenso argumentativo» de la comunidad ideal de comunicación, concebida como un *a priori* y hasta como una condición trascendental de posibilidad de la propia ética comunicativa [60]. Sería, en efecto, opaca aquella situación comunicativa en la que no fuera posible di-

59 E. Lledó, «La realidad de la utopía», en Ramón Garda Cotarelo (ed.), *Las utopías en el mundo occidental,* Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1981, pp. 13-32, pág. 25.

60 En rigor, las tradiciones y modelos invocados por Apel -«Ist die Ethik der idealen Kommunikationsgemeinschaft eine Utopie?», cit.- van desde la «opinión pública razonante» *(räsonierende Offentlichkeit)* kantiana al «discurso descargado de acción» *(handlungsentlastetes Diskurs)* habermasiano, pero la lógica interna de su «comunidad ideal de comunicación» no podría contentarse con menos que la más absoluta transparencia comunicativa, en cuanto tal una variedad particular del «mito de la transparencia» social y política (cfr. mi trabajo «En torno al mito de la transparencia», *Diálogos,* en prensa).

lucidar si un acuerdo ha sido fruto de la fuerza de los argumentos o ha sucumbido al argumento de la fuerza. Y la frecuencia de semejantes situaciones hace pensar que acaso haya mayor urgencia en combatir la opacidad que en precisar en qué consista la transparencia de la comunicación colectiva, de la misma manera que la disposición a denunciar una injusticia parece de ordinario más urgente que la elaboración de una teoría de la justicia. Dejando a un lado otros inconvenientes en los que no podemos detenernos, la insistencia apeliana en la necesidad del logro de un *consenso* no debiera hacernos olvidar aquella urgencia, pues los conflictos reales, desde luego, rara vez se resuelven por medio de consensos ideales. Y, cualquier cosa que sea lo que hubiere de acontecer en el seno de una comunidad ideal de comunicación, la comunicación humana no es, por lo común, ni enteramente opaca ni absolutamente transparente, sino ambiguamente translúcida, de suerte que en ella alienta tanto el riesgo de la incomunicación como la efectiva posibilidad de hacer algo por superarla. La ética comunicativa que en cada caso impone la opción por esta última es declaradamente utópica, lo que quiere decir que -puesto que carece, a no ser como tentativa, de la consistencia real propia de un hecho- de nada vale preguntarnos, transcendentalmente o no, por las condiciones empíricas de su posibilidad. Por el contrario, «la utopía de la comunicación plena» -que no es escatológica ni cuasi-escatológica, sino una aspiración perpetuamente insatisfecha, aun si por eso mismo perseverantemente reasumida por la intención utópica- entrañaría más bien, contra lo que parece creer Apel, un problemático e incierto *a posteriori* [61] .

De cuanto acaba de decirse se sigue, en fin, que la utopía de la comunicación plena tiene bastante más que ver con la verticalidad que con la horizontalidad utópica. En cuyo caso, ¿no vendría a coincidir ese concepto vertical de utopía -que hacemos aquí nuestro- con el que el propio Neusüss ha caracterizado, y criticado, como «el concepto conservador de la utopía»? [62]. Si atendemos a su caracterización de tal concepto conservador de la utopía -la utopía como instancia ética, perpendicularmente levantada sobre el plano histórico en el que se debate nuestra vida política-, la respuesta es incuestionablemente afirmativa, pues la concepción de la utopía que defendemos se asemeja más a aquélla que a cualquiera de las alternativas progresistas conocidas. Mas si atendemos a su crítica del concepto conservador de la utopía -la instancia utópica como ajena al curso de la historia, lo que convertiría en ociosa y hasta en indeseable toda lucha política por mor de la utopía-, querría confiar en que nuestra concepción de la utopía escape a dicha crítica, pues de ella no se deriva, que yo sepa, ninguna apología de la inacción. El concepto conservador de utopía que Neussüs critica, aunque no así el que caracteriza, es un concepto decididamente ahistórico. Pero la utopía que proponemos no es en manera alguna ucrónica, sino se halla invariablemente in-

61 Véase, además del trabajo antes citado, mi contribución «El aposteriori de la comunidad de comunicación y la ética sin fundamentos» a Adela Cortina (ed.), *Estudios sobre la filosofía de Karl-Otto Apel,* en preparación.

62 Así lo ha hecho, *op. cit.,* loc. cit., remitiendo en este caso a Hans Freyer, *Die politische Insel. Eine Geschichte der Utopien von Plato bis zur Gegenwart,* Leipzing, 1936, pp. 165 y ss.

cardinada en el momento histórico. Y en cuanto al conservadurismo, no se trata tampoco de sustituir la ardiente -aun si no siempre lúcida- mirada progresista por el gélido modo conservador o neoconservador de escudriñar el mundo, en que la indiferencia hacia la suerte de la humanidad parece ser el precio a pagar por la lucidez. Conservadurismos, lo mismo que progresismos, los hay de muchas clases. Al conservadurismo del príncipe Salina en la novela de Lampedusa, para quien algo tiene que cambiar con el fin de que todo siga igual, cabría oponerle, por ejemplo, el de que todo tiene que cambiar para que algunas cosas puedan ser conservadas. Que es lo que parecía estar pensando Marx al plantear, conservadoramente, el conjunto de opciones que pasaron a conocerse bajo la forma de dramática disyuntiva entre el «socialismo» -socialismo, en el fondo, considerablemente más utópico de lo que él mismo hubiera nunca concedido- y la «barbarie» disutópica [63]. Entre esas cosas a conservar gracias al socialismo, se habría de incluir, por cierto, la posibilidad de que aún tenga sentido hablar de ética.

La utopía vertical, como hemos dicho, no propicia la inacción. Pero, con todo, alguien acaso se pregunte si la acción revolucionaria -en cuanto diferente de la mera rebelión puntual, que simplemente nace de la negación del presente- no requiere, más o menos blonchianamente, de un horizonte de futuro. Bien miradas las cosas, sin embargo, habría que recordar que hasta la misma utopía horizontal cobra sentido sólo si pensamos que ese horizonte -entrevisto en el sueño revolucionario de la lucha por un mundo mejor- tiene que irse alejando de nosotros precisamente en la medida en que tratamos de avanzar hacia él. Y que, por irónica que parezca, tal conclusión no es sino la conclusión más lógica a extraer de la fundamental inconclusión de la historia humana. Como advirtiera a este respecto Albert Camus: «En teoría, la palabra revolución conserva el sentido que tiene en astronomía, esto es, el sentido de un movimiento que consiste en el cierre de un ciclo... Pero, por eso mismo, puede decirse que aún no ha habido ninguna auténtica revolución en la historia y que, si la hubiera, tendría que ser la definitiva... A la espera de esa revolución, si es que ha de haberla, la historia de los hombres es, en cierto sentido, la suma de sus rebeliones sucesivas» [64]. Una suma con toda probabilidad inacabable, salvo que el horizonte utópico pudiese al fin ser alcanzado, resolviéndose en optimismo o pesimismo el saldo de la historia. Pero no está muy claro que de esa imaginería escatológica se siga algún provecho revolucionario. Y ni siquiera es casual que el horizonte sólo nos parezca alcanzable cuando estamos parados. Lejos de inducirnos al quietismo, la ética como utopía -la utopía ética- nos podría, en cambio, seguir dando -incluso si la noche y la niebla de la disutopía han hecho desaparecer de nuestro campo de visión todo horizonte- más de una razón, tal vez las únicas razones, para no estarnos quietos.

63 Desde otros presupuestos, Felipe Martínez Marzoa, *La filosofía de «El Capital»*, Madrid, Taurus, 1983, pp. 156-67, propone certeramente una lectura «conservadora» de aquella disyuntiva y, en general, de la idea de revolución en Marx, para quien «la verdadera alternativa no es entre *revolución y conservación*, sino entre *conservación revolucionaria y liquidación abstracta*».

64 A. Camus, *L'homme révolté*, París, 1951 (hay trad. cast. de L. Echávarri, Buenos Aires, 1953), pp. 100-2.

SOBRE LA CRÍTICA DE KELSEN AL MARXISMO

1

Introducción

Mario G. Losano ha caracterizado el conjunto de los trabajos en los que Kelsen fue construyendo y desarrollando la teoría pura del Derecho como un *opus perpetuum* en los tres sentidos siguientes: en primer lugar, en el de *monumentum aere perennius* de la cultura jurídica; en segundo, en el de *perpeutum mobile,* esto es, indicando su carácter «de teoría en continua transformación»; por último, aludiendo a que se trata de una «obra intrínsecamente unitaria a través del tiempo, aunque fragmentada, por exigencias contingentes, en ensayos, libros y reediciones» [1].

Si partimos de la consideración (probablemente indiscutible por su misma trivialidad) de que el marxismo y las diversas críticas a él dirigidas -desde que, a finales del XIX, sufriera su primera «crisis»- constituyen uno de los ejes principales en el desarrollo de las ciencias sociales del último siglo, no nos será difícil concordar en atribuir también a los trabajos kelsenianos sobre Marx y los marxistas la calificación de *opus perpetuum* en el primero de los sentidos señalados por Losano: esto es, valorarlos como un *monumentum aere perennius* del pensamiento social contemporáneo. Pues la crítica de Kelsen al marxismo -que se extiende a lo largo de cuatro decenios, desde *Socialismo y Estado* (1.ª ed.: 1920) hasta, por lo menos, *La teoría*

1 M. G. Losano: *La teoría pura del Derecho del logicismo al irracionalismo,* en «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», n.º 2, 1985, pp. 55 y 57. Este trabajo de Losano se publicó originalmente como estudio preliminar a la trad. italiana de la obra póstuma de Kelsen *Allgemeine Theorie der Normen (Teoria generale delle norme,* ed. de M. G. Losano, trad. de Mirella Torre, Einaudi, Torino, 1985).

2 Las principales obras de Kelsen directamente dirigidas a la crítica del marxismo se citan así:

-*Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus* (1.ª ed.: 1920; 2.ª ed. ampliada -esencialmente con notas críticas al libro de Max Adler *Die Staatsauffassung des Marxismus,* publicado en 1922, que a se vez era una respuesta a la primera edición de *Sozialismus und Staat,* 1923) por la traducción castellana de Alfonso García Ruiz de la 2.ª edición: *Socialismo y Estado: Una investigación sobre la teoría política del marxismo,* con una introducción de R. Racinaro sobre *Hans Kelsen y el debate sobre democracia y parlamentarismo en los anos veinte y treinta,* Siglo XXI, México, 1982 (la introducción de Racinaro se publicó originalmente como estudio preliminar a la trad. italiana de *Sozialismus und Staat:* De Donato, Bari, 1978). Hay otra reciente trad. castellana de *Sozialismus und Staat* a cargo de Rolf Behrman, con una presentación de Enrique Zuleta Puceiro: Edersa, Madrid, 1985.

-*Marx oder Lassalle. Wandlungen in der politischen Theorie des Marxismus* (1924) por la trad. castellana -*Marx o Lassalle. Cambios en la teoría política del marxismo*- publicada como apéndice a la trad. cast. de *Sozialismus und Staat* de Alfonso García Ruiz citada.

-*Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung* (1931) por la traducción italiana de Francesco Riccobono: *La teoria generale del Diritto e il*

comunista del Derecho (1955) [2]- es con seguridad sólo comparable, en cuanto a su importancia, con la de Popper, a la que por cierto se anticipa -como se tendrá ocasión de ver- en varios puntos centrales. Y, a este respecto, el que el autor de *La miseria del historicismo* (1944-1945) y *La sociedad abierta y sus enemigos* (1945) no parezca haber entrado en contacto con la obra previa de Kelsen sobre el marxismo y el que, a la inversa, este último no muestre, en sus trabajos sobre el tema de las décadas 40/50, ningún conocimiento de los textos de Popper, es ciertamente una manifestación bien elocuente de la incomunicación que ha venido tradicionalmente separando a los teóricos del Derecho de los cultivadores de otras ramas de la teoría social. Como también es altamente significativo, en este orden de cosas, el que mientras los trabajos de Popper sobre el marxismo han gozado de una difusión amplísima -hasta el punto de que al menos su existencia es conocida por cualquier cultivador de cualquier rama de las ciencias sociales- los correspondientes escritos kelsenianos no hayan sido más que raramente leídos fuera del universo de los juristas [3].

Pero si los trabajos de Kelsen sobre la teoría pura del Derecho pueden ser calificados de *opus perpetuum* también en el segundo de los sentidos indicados, en el de *perpetuum mobile* -pues, en efecto, el andamiaje conceptual de la teoría pura fue enriqueciéndose mediante desarrollos, integraciones y rectificaciones durante los sesenta años que separan los *Problemas capitales de la teoría del Derecho público* de *La teoría general de las normas* [4]- de ninguna manera puede decirse otro tanto de la obra kelseniana sobre el marxismo. Muy al contrario, en este terreno parece como si casi todo lo que de importancia Kelsen tuviera que decir lo hubiera dicho ya en sus obras fundamentales sobre el tema de los años 20 y 30: *Socialismo y Estado* y *La teoría general del Derecho y el materialismo histórico.* Frente a ellas, los textos de los años 40/50 -*La teoría política del bolchevismo, La teoría comunista del Derecho*- pese al carácter indudablemente más completo del segundo de ellos por lo que hace a las teorías jurídicas marxistas, no contienen aportaciones propiamente novedosas y presentan, como ha se-

materialismo storico, con introducción al mismo Riccobono, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1979.

-*The Political Theory of Bolchevism. A Critical Analysis.* (1948) y *The Communist Theory of Law* (1955) por la trad. castellana conjunta de ambas obras a cargo de Alfredo J. Weiss publicada con el título de *Teoría Comunista del Derecho y del Estado,* Emecé Ediciones, Buenos Aires, 1957.

3 Y, aun dentro de los juristas, no deja de ser sintomático que Alf Ross, en el parágrafo de *Sobre el Derecho y la justicia* dedicado a *El historicismo económico de Marx,* en el que formula críticas reconducibles sin dificultad a Kelsen, no cite sin embargo en su apoyo los escritos kelsenianos de crítica del marxismo, sino única y precisamente a Popper (Alf Ross: *Sobre el Derecho y la justicia,* trad. cast. de G. R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1970, pp. 336-339).

4 *Hautprobleme der Staatrechtslehre* se publicó, como se sabe, en 1911. La redacción del manuscrito de la *Allgemeine Theorie der Normen,* publicada póstumamente en 1979, no se prolongó, según los datos disponibles, más allá de la segunda mitad de los años sesenta (cfr. Mario G. Losano: *Op. cit.* en nota 1 y Kasimierz Opalek: *Uberlegungen zu Hans Kelsen «Allgemeine Theorie der Normen»,* Manz, Wien, 1980).

ñalado F. Riccobono, «un estilo repetitivo y sin viveza» [5]. A ello probablemente no es ajena la circunstancia de que la relación entre la crítica del marxismo y la propia teoría kelseniana del Derecho sea muy distinta en uno y otro período: en las obras de los años 20/30 la crítica del marxismo constituye, como ha indicado el mismo Riccobono [6], un momento esencial en la construcción misma de la teoría pura -que se encuentra entonces *in statu nascendi*- y un excepcional banco de pruebas de su fecundidad; los textos de los años 40/50 -período en el que la teoría pura se encuentra plenamente constituida desde tiempo atrás- se encuentran carentes de esa tensión intelectual que viene a ser el mayor atractivo de *Socialismo y Estado* y, sobre todo, de *La teoría general del Derecho y el materialismo histórico.* Salvado esto -y ciertas diferencias en las *actitudes* del propio Kelsen que examinaremos seguidamente- las críticas filosóficas, teórico-políticas y teórico-jurídicas que Kelsen dirige al marxismo permanecen, en uno y otro período, globalmente invariables, no sólo en cuanto a su fondo, sino también, en una multiplicidad de ocasiones, en su misma expresión literal: lo que hace, desde luego, de la crítica kelseniana al marxismo un modelo de *opus perpetuum* en el tercero de los sentidos distinguidos por Losano, el que alude al carácter intrínsecamente unitario de una obra editorialmente dispersa.

2

Críticas teóricas y actitudes ideológicas

«Es importante para mí afirmar con toda energía -escribe Kelsen en el prefacio a la 2.ª edición de *Socialismo y Estado*- que mi escrito no se dirige contra el socialismo. Yo sólo me enfrento críticamente con el *marxismo* y, dentro de él, sólo con su teoría política» [7]; análogamente, en el prólogo a la traducción castellana de *La teoría comunista del Derecho* y *La teoría política del bolchevismo,* leemos: «Mis estudios [...] intentan una crítica científica, es decir, objetiva, que no involucra ningún juicio de valor moral o político en favor o en contra del sistema social comunista [...]. Es lógico que toda crítica presuponga un valor; pero el valor presupuesto por una crítica científica no es un valor moral o político, sino lógico; el valor de verdad, no de justicia» [8]. Los escritos kelsenianos de crítica del marxismo no se orientan, en efecto, en el sentido de una crítica ideológico-valorativa: no discuten el valor político o moral del proyecto socialista, sino el mérito científico de las teorías políticas y jurídicas marxistas: sus presupuestos filosófi-

5 F. Riccobono: *Introduzione* a *La teoria generale del Diritto e il materialismo storico,* cit., p. 1.

6 Riccobono ha subrayado que *La teoría general del Derecho y el materialismo histórico* «es obra de notable importancia para la comprensión de los fundamentos teóricos de la *Reine Rechtslehre* de 1934» advirtiendo que en la primera de estas obras «se anticipan páginas enteras de la *Reine Rechtslehre* con idéntico contenido conceptual e idéntica forma literaria» *(Op. cit.,* p. 1).

7 *Socialismo y Estado* (en adelante, S y E, p. 177).

8 *Teoría comunista del Derecho y del Estado* (en adelante, TcDE), pp. 9-10.

cos, su consistencia interna y rigor conceptual, su potencia explicativa en la esfera del Derecho y del Estado, su capacidad para trazar cursos de acción no incompatibles con el conocimiento objetivo.

Ello no impide, sin embargo, que estas obras nos suministren también -si bien nunca de manera central- ciertas indicaciones de interés sobre las *actitudes* de Kelsen, sobres sus simpatías y antipatías ideológico-políticas. Y, en este terreno, debe anotarse tanto la continuidad de ciertas actitudes básicas como determinadas inflexiones entre las obras de los años 20/30 y las posteriores.

2.1. Hay continuidad entre ambos períodos en la simpatía por un socialismo no marxista, reformista en su comportamiento político y que considere al Estado como instrumento no eliminable de la transformación social; hay continuidad también en la oposición al socialismo de inspiración marxista, partidario de una acción política revolucionaria y extincionista en su concepción de las finalidades últimas de esta acción. El laborismo británico permanece, en este sentido, como punto de referencia constante para Kelsen. Así, el escrito de 1924 *Marx o Lassalle. Cambios en la teoría política del marxismo* acaba con citas del líder laborista MacDonald, acompañadas de expresiones de aprobación por parte de Kelsen, quien considera «la *posición de primera línea del socialismo inglés*» reflejada en los textos de MacDonald como uno de los elementos que con más firmeza permiten augurar el abandono de la teoría política marxista -que «se ha mostrado insostenible»- por parte del movimiento socialista y su reemplazo por una nueva concepción «no hostil al Estado» que Kelsen auspicia condensándola en la fórmula del *regreso a Lassalle* [9]. En 1948, en la introducción a *La teoría política del bolchevismo* aparece de nuevo la alusión al laborismo británico como contrafigura, ahora, del modelo soviético. Admitiendo que de la opción por una u otra vía «dependerá quizá la suerte de la humanidad» escribe Kelsen: «La tentativa rusa de establecer el socialismo mediante la revolución y la dictadura del partido comunista ha encontrado un rival en el empeño del pueblo inglés por alcanzar la misma meta por el camino de la evolución y bajo una verdadera democracia en el sentido tradicional del vocablo» [10].

2.2. Esta continuidad de actitudes básicas coexiste con elementos diferenciadores entre uno y otro período, que residen, en mi opinión, fundamentalmente en tres puntos: (1) en la implicación personal mostrada por Kelsen en relación con el socialismo; (2) en el tratamiento del sistema político soviético; (3) en la posición adoptada respecto a la posibilidad de integración de su propia construcción teórico-jurídica en la concepción materialista de la historia.

2.2.1. En los textos del primer período cabe espigar diversos pasajes en los que es perceptible una actitud de compromiso personal por parte de Kelsen con el proyecto socialista y con el destino político del movimiento obrero. Así, por ejemplo, en *Socialismo y Estado,* aludiendo a la implantación

9 *Marx o Lassalle,* en *S y E,* pp. 399-402.

10 *TcDE,* p. 272.

de «un ordenamiento económico comunista» escribe que ésta es «una experiencia a la que no se debe renunciar a causa de la posibilidad que existe en ella de un mejoramiento de las condiciones insoportables del capitalismo» [11]. En *Esencia y valor de la democracia,* teniendo como punto de mira no tanto la «catástrofe administrativa» de la Rusia soviética, como los sucesos de Alemania y Austria, manifiesta que «es un hecho dramático que el Gobierno, allí donde ha sido arrebatado por el proletariado, cayese en manos inexpertas, que por ello no fueron capaces de retenerlo» [12]. Finalmente, en *Marx* o *Lassalle* parece presentar su propia crítica científica de la teoría política marxista como orientada a esclarecer a la clase obrera respecto a la utilización de la maquinaria estatal. Escribe así: «La suerte de esa clase [la clase obrera], que ahora debe y -a pesar de todas las doctrinas- puede utilizar la maquinaria estatal sin extraviar el camino con la destrucción revolucionaria por amor a una doctrina que ya cumplió su objetivo de agitación y de la que por lo mismo debe olvidarse cuando ascienda, depende del hecho de que el aparato estatal llegue intacto a sus manos. Este es el momento en que la teoría política del marxismo debe derrumbarse» [13].

Sería vano buscar en los trabajos kelsenianos de los años 40/50 pasajes análogos -en cuanto a la toma de partido por el movimiento obrero expresada en ellos- a los aquí citados.

2.2.2. También en el análisis del poder soviético hay un camino de acentos notable entre ambos períodos de la crítica kelseniana. En los textos de los años 20 Kelsen dirige al sistema político soviético críticas importantes, de las que probablemente las más significativas sean las siguientes: primero, la constitución soviética, lejos de realizar el principio de universalidad de los derechos políticos, priva de los mismos a algunos sectores de la población (la «burguesía») y los atribuye de manera desigualitaria al resto (sobrerepresentación del proletariado industrial frente al campesinado): de acuerdo con ello, la constitución soviética no es una constitución democrática, sino precisamente «la negación de la democracia»: en tanto que garantiza situaciones de privilegio político se trata de una constitución a la que cuadra con propiedad el calificativo de «aristocrática» [14]; segundo, es incompatible con los valores democráticos la justificación ideológica de este privilegio político del proletariado, basada en la consideración de que «el proletariado no representa una clase limitada, sino más bien toda la sociedad, por lo menos la sociedad del futuro»; pues esta atribución de universalidad a los intereses proletarios «es la absolutización dogmática del ideal político de una determinada visión de la sociedad; es la ficción típica de todo régimen aris-

11 *S y E,* p.302

12 *Esencia y valor de la democracia,* trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra de la 2.ª ed. (1929) de *Vom Wesen und Wert der Demokratie,* Labor, Barcelona, 1977, p. 125. El volumen incluye un prólogo de Ignacio de Otto y el trabajo de Peter Romer *La teoría pura del Derecho, de Hans Kelsen, como ideología y como crítica de la ideología.*

13 En *S y E,* p 375.

14 *S y E,* pp. 338 y 346.

tocrático y autocrático; es, ante todo, la ideología de la teocracia» [15]; tercero, los ideólogos soviéticos -muy especialmente Lenin- han desplazado el significado del término 'democracia', que ha dejado de indicar un determinado método para la creación del orden social para pasar a hacer referencia al contenido de ese mismo orden; este desplazamiento cumple la función -dando lugar, así, a lo que hoy llamaríamos una *definición persuasiva*- de utilizar «la gran autoridad y el crédito de que el lema de la democracia goza» en favor de «un sistema expresamente dictatorial» [16].

Estas críticas -sobre algunas de las cuales volveremos más adelante- van, sin embargo, acompañadas del señalamiento de aspectos positivos, entre ellos el propio sistema piramidal de soviets y la posibilidad permanente de revocación de los representantes que este sistema contempla. Escribe, en este sentido: «cuando se señala el hecho de que la elección indirecta por parte de las personas *reunidas diariamente en las empresas* es más adecuada para expresar las intuiciones de las masas que cambian rápidamente en la revolución, que el pesado aparato de las elecciones universales y directas, que sólo se ponen en movimiento en intervalos de tiempo más largos, esto es ciertamente exacto» [17]; y, refiriéndose a la «posibilidad -que existe evidentemente en relación con los miembros de *todos* los soviets- de una revocación en cualquier momento, sobre la base de una evaluación *libre*» señala que «en este punto precisamente la constitución conciliar soviética realiza un principio absolutamente *democrático.* Y supera las degeneraciones de la democracia que en el sistema representativo surgieron (...)» [18]. También valora Kelsen muy positivamente la equiparación de derechos políticos entre nacionales y extranjeros residentes en el territorio por razón de trabajo llevada a cabo por la constitución soviética: esta equiparación constituye, en su opinión, «un *acto de importancia histórico-universal* y un fuerte paso hacia la realización del concepto -absolutamente democrático- de humanidad» [19].

En la obra de 1948 en que vuelve sobre el tema -*La teoría política del bolchevismo*- ya no hay mención alguna de eventuales aspectos positivos. Y, lo que tiene quizás más interés, asistimos en ella a un curioso giro iusrealista difícilmente ajustable a los postulados metódicos kelsenianos, mediante el que se distingue, para dar cuenta del sistema de poder soviético, el *law in books* del *law in action* [20]. La constitución stalinista de 1936 -que eli-

15 *S y E,* pp. 347-348.

16 *Esencia y valor de la democracia,* pp. 127-128.

17 *S y E,* p. 337. Cfr., en el mismo sentido, *Esencia y valor de la democracia,* p. 61.

18 *S y E,* p. 340.

19 *S y E.,* p. 328. En el mismo sentido, *Esencia y valor de la democracia,* p. 34.

20 Sobre este sorprendente giro iusrealista de Kelsen ha llamado también la atención R. Guastini: *La dottrina pura del diritto e il marxismo,* en Id.: *Lezioni di teoria analitica del diritto* Giappicheli, Torino, 1982, pp. 182 y ss. (Una versión algo más breve de este trabajo de Guastini, con el título de *Kelsen crítico del marxismo,* se encuentra en el volumen *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento,* ed. de Carlo Roehrsen, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1983, pp. 135 y ss.).

minaba las anteriores discriminaciones clasistas respecto al derecho de sufragio [21]- es estudiada en dos apartados de este trabajo. En el primero de ellos *(La Constitución de 1936),* Kelsen, de manera plenamente conforme a su concepción de la labor del jurista teórico, atiende al contenido ideal de las normas constitucionales, desprendiéndose de su análisis que «la constitución soviética satisface todos los requisitos de una democracia avanzada, salvo uno: no hay libertad para la formación y la actividad de partidos políticos» [22]. Sin embargo, en el apartado siguiente *(La realidad política en la Rusia soviética)* -que empieza significativamente con los términos «en la realidad [...]»- Kelsen contrapone al sistema de normas constitucionales válidas la descripción del funcionamiento efectivo del sistema político, para concluir que «la constitución soviética de 1936 es una espléndida fachada democrática detrás de la cual un grupo relativamente reducido de hombres ejercen un control sin restricciones sobre una de las naciones más grandes del mundo» [23].

2.2.3. Un contraste aún más evidente presentan ambos períodos de la crítica kelseniana por lo que hace a la posiciónadoptada en uno y otro frente a la posibilidad de integración de la teoría pura del Derecho en la concepción materialista de la historia. En *La teoría general del Derecho y el materialismo histórico* (1931) señala Kelsen que «la tarea propia de la concepción materialista de la historia respecto a la teoría general del Derecho no puede consistir más que en tratar de mostrar la teoría general del Derecho -tal como se presenta en las obras de los juristas burgueses y se enseña en las Facultades estatales- como una ideología, o, al menos, en poner de manifiesto la función ideológica de los conceptos y de las tesis producidos por ella» [24]. Pues bien, más que los autores marxistas (prisioneros, ellos también, de los dualismos ideológicos de la teoría del Derecho tradicional) es la teoría pura del Derecho (que, obedeciendo exclusivamente a móviles científicos, no hace suyo el fin político que la concepción materialista de la historia considera propio, ni ningún otro) quien está realizando «desde hace dos decenios», este programa antiideológico correspondiente a la concepción materialista de la historia, llevando a cabo «una enérgica lucha contra la mayor parte de las posiciones de la teoría jurídica tradicional, y precisamente con arreglo al método de una crítica de la ideología. En este punto -concluye Kelsen- los resultados de esta tendencia de la más reciente ciencia jurídica coinciden en amplísima medida con las tendencias de la concepción materialista de la historia y redundan en su favor» [25].

21 Sobre la Constitución soviética de 1936, cfr. Manuel García Álvarez: *Textos constitucionales socialistas,* Colegio Universitario de León, 1977, pp. 41-56. La valoración oficial de la misma puede verse en la *Historia del partido comunista de la URSS* redactada en 1938 por una comisión del comité central bajo la inspiración de Stalin (cito por la trad. francesa: *Histoire du parti communiste (bolchévik) de l'URSS,* Éditions Gitle-Coeur, Paris, s. f., pp. 322-326).

22 *TcDE,* p. 336.

23 *Id.,* pp. 338-9.

24 *La teoria generale del diritto e il materialismo storico* (en adelante *TGD e m.s.),* p. 55.

25 *Id.,* p. 56.

Por el contrario, en *La teoría comunista del Derecho* (1955), el acento se desplaza hacia la consideración del marxismo como incompatible en su raíz con una teoría aideológica del Derecho: así, tras señalar el «carácter abiertamente ideológico» de la teoría jurídica soviética «determinada esencialmente por los intereses políticos del gobierno soviético», advierte Kelsen que este «carácter ideológico de la teoría soviética del Derecho es consecuencia inevitable del principio marxista -contrario al postulado antiideológico- de que la ciencia social en general y la ciencia del Estado y del Derecho en particular tienen que ser políticas, es decir, tienen que traducirse en fórmulas que puedan ser usadas en la lucha política de un grupo contra otro» [26].

2.3. Estos desplazamientos en la actitud de Kelsen frente al socialismo y al marxismo tienen, sin duda, interés como elementos de la entera biografía espiritual (es decir, no meramente teórico-jurídica) kelseniana. Y, en este sentido, nos muestran a un Kelsen cuya evolución viene a coincidir con la de tantos intelectuales liberales (en el mejor sentido de la expresión) que de un interés positivo -si bien, al menos en el caso de Kelsen, siempre crítico- hacia el marxismo y hacia las experiencias socialistas pasaron después -tras la identificación del marxismo con la ideología del régimen vigente en la URSS y tras la evolución de este mismo régimen- a adoptar actitudes de clara hostilidad [27].

Ello no obstante, la importancia de estos cambios en las actitudes kelsenianas no debe ser exagerada. Y ello no tanto porque todas las cuestiones de actitud se encuentren, en opinión de Kelsen, situadas fuera del universo de la razón, sino, sobre todo, por la más decisiva circunstancia de que -como ya se ha indicado- las críticas teóricas de Kelsen al marxismo perma-

26 *TcDE,* pp. 266-267.

27 Francamente exagerada me parece la observación incidentalmente formulada por Mario G. Losano, a tenor de la cual *La teoría comunista del Derecho* de 1955 fue «un peaje pagado al maccarthismo» (Mario G. Losano: *La dottrina pura del diritto e la psicoanalisi,* en Id.: *Forma e realtà in Kelsen,* Comunità, Milano, 1981, p. 138). Conviene advertir en todo caso -para percibir adecuadamente los límites de la evolución ideológica kelseniana en relación con otros intelectuales adscribibles a análoga atmósfera cultural- que Kelsen jamás llegó a las conclusiones de un Popper, quien, en su *Unended Quest,* escribe que «una cosa tal como el socialismo combinado con la libertad individual [...] no es más que un bello sueño [...]; el intento de realizar la igualdad pone en peligro la libertad» (K. R. Popper: *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual,* trad. de Carmen García Trevijano, Tecnos, Madrid, 1977, p. 49). Kelsen, bien al contrario, y precisamente el mismo año en que publica *The Communist Theory of Law,* escribe en *The Foundations of the Democracy* que «ni el capitalismo ni el socialismo se encuentran conectados por su naturaleza con un determinado sistema político. Cada uno de ellos puede instituirse tanto bajo un régimen democrático como bajo un régimen autocrático»; en explícita polémica contra la afirmación de F. A. Hayek de que la economía planificada requiere la supresión de la libertad indica que, en este orden de cosas «el experimento ruso, limitado a una gran potencia y algunos pequeños satélites, y al lapso de una sola generación, no prueba nada»; y, finalmente, aludiendo a «los ideólogos del socialismo no marxista [que sostienen que] la democracia debe combinarse con el socialismo» comenta: «personalmente no soy contrario a este programa político y creo que la democracia es compatible con el socialismo» (cito por la trad. italiana: *I fondamenti della democrazia,* en H. Kelsen: *La democrazia,* Il Mulino, Bolonia, 1984, 5.ª ed., pp. 327, 345 y 340).

necen constantes, de uno a otro período, sin verse afectadas por estas inflexiones en las actitudes de su autor. Ésta permanencia de sus posiciones y críticas teóricas frente a sus propios cambios de actitud permite exponer unitariamente las primeras y -lo que es más importante- constituye sin duda un argumento no desdeñable, que quizá fuera del agrado del propio Kelsen, en favor del carácter aideológico de las mismas.

3

Predicción y programa en el marxismo

«Para nosotros, -escriben Marx y Engels en *La ideología alemana*- el comunismo no es un *estado* que deba implantarse, un *ideal* al que haya de sujetarse la realidad. Nosotros llamamos comunismo al movimiento *real* que anula y supera al estado de cosas actual» [28].

Para Kelsen, la concepción expresada en este texto -en el que la idealidad no se reconoce como tal, escondiéndose bajo la apariencia de una descripción moralmente neutra- refleja «la confusión más radical de los límites entre realidad y valor» [29] al presentar «postulados ético-políticos revolucionarios como leyes de desarrollo que se realizan por una necesidad natural» [30]. La ignorancia -que el marxismo hereda de Hegel- de la *gran división* entre *ser* y *deber ser* tiene, en opinión de Kelsen, consecuencias devastadoras para esta doctrina, tanto si es contemplada desde el punto de vista normativo como si se atiende a su pretensión de constituir una teoría explicativo-predicativa del desarrollo de la sociedad.

3.1. Desde un prisma *normativo,* el marxismo resulta insostenible porque, dada la irreductibilidad de los valores a los hechos, «jamás de los jamases se puede dar una respuesta al justo fin de la acción a través del conocimiento de lo que acontece y tal vez, verosímilmente, habrá de acontecer»; de forma que «es indiferente -para el valor y precisión de un fin- que su realización se presente como inevitable». Y así «ni siquiera la comprobación de las tendencias más fuertes del desarrollo hacia un orden socialista de la sociedad [...] es capaz de justificar el socialismo como programa político, como fin del querer y del actuar» [31]. El intento de fundamentación del fin orientador de la acción en su pretendida inevitabilidad futura configura, pues, al marxismo como una especie más de naturalismo ético (de tipo historicista).

28 K. Marx-F. Engels: *La ideología alemana,* Ed. Pueblos Unidos, Montevideo, 1968, p. 37. *La ideología alemana* permaneció inédita, como se sabe, hasta 1932. No pudo ser tomada en cuenta, pues, por Kelsen en sus primeras obras de crítica del marxismo, aunque sí es varias veces citada en *La teoría comunista del Derecho.* He escogido, en todo caso, este pasaje -de entre otros muchos del mismo género que pueden encontrarse en Marx- por expresar muy diáfanamente aquello que constituye el objeto de la crítica kelseniana.

29 *S. y E.,* p. 179.

30 *Id.,* p. 184.

31 *Id.,* p. 180.

3.2. La autopresentación del marxismo como teoría científica, explicativo-predictiva, del acontecer social no queda mejor parada: pues la profecía del comunismo no es prognosis científica, sino -al igual que las «tendencias naturales» de los iusnaturalistas- fruto de una valoración no declarada introducida en el examen del desarrollo social: «así como la doctrina del Derecho natural -escribe- puede deducir de la naturaleza sólo lo que ha proyectado previamente en ella [...] la verdad social que Marx pretende hacer surgir de la realidad social es su propia ideología socialista, proyectada sobre aquélla» [32]; «este descubrimiento científico [el comunismo como término al que se dirige la evolución social] es posible sólo porque el valor pretendidamente descubierto ha sido previamente proyectado a la realidad» [33]. El marxismo no es, pues, una teoría científica, sino más bien una filosofía teleológica de la historia [34].

4

La dialéctica

La dialéctica constituye otro de los blancos de la argumentación kelseniana contra los presupuestos filosóficos del marxismo. Las críticas afectan, a este respecto, (1) a la identificación entre oposiciones reales y contradicciones lógicas y (2) al carácter valorativo de la concepción dialéctica del cambio.

4.1. La filosofía dialéctica que el marxismo hereda de Hegel identifica, en opinión de Kelsen, oposiciones reales y contradicciones lógicas: ello hace a las teorías marxistas no susceptibles de control racional dado que, sobre

32 *La teoría comunista del Derecho (TcDE,* p. 42).

33 *Id.* (TcDE, p. 72).

34 Es probablemente en estos puntos -consideración del marxismo como naturalismo (historicista) ético; carácter no científico de la predicción del comunismo- donde las críticas de Kelsen y de Popper al marxismo presentan una mayor proximidad. La reconstrucción de la metaética de Marx y la crítica a la misma son substancialmente coincidentes en ambos autores *(Cfr. La sociedad abierta y sus enemigos* (1945), trad. cast. de Eduardo Laedel, Paidós Ibérica, Barcelona, 1981, pp. 370-380) si bien Popper muestra, por así decirlo, una comprensión empática de las motivaciones que llevaron a Marx a adoptar una concepción tal de la ética -y que puede resumirse en la frase: «Marx evitó formular una teoría moral explícita porque aborrecía los sermones» *(op. cit.,* p. 370)- que está por completo ausente de los escritos kelsenianos. Asimismo, hallamos en Popper una apreciación muy positiva de lo que llama el «radicalismo moral» de Marx -al que sitúa más allá de su autoconsciencia explícita en este terreno- que tampoco es posible encontrar en Kelsen.

Respecto a la no cientificidad de la predicción del comunismo, también Popper señala la presencia en ella de «un alto grado de pensamiento emocional» *(La sociedad abierta y sus enemigos,* trad, cast. cit., p. 368); sin embargo, la razón principal del rechazo de las pretensiones de la misma de constituir una predicación científica, y de su consideración como *profecía,* es para Popper, como se sabe, su carácter *incondicionado* y, por ello, *irrefutable* (Cfr. *La miseria del historicismo,* (1944-45), trad. cast. de Pedro Schwartz, Alianza, Madrid, 1973, esp. p. 143 y *Predicción y profecía en las ciencias sociales* (1948), en *Conjeturas y refutaciones,* trad. cast. de Néstor Miguez y Rafael Grasa, Paidós Ibérica, Barcelona, 1983, pp. 403 y ss.).

la base de dicha identificación, los marxistas consideran que poner de relieve la presencia de proposiciones contradictorias en el interior de una teoría no constituye una objeción a la misma. Ya en *La teoría general del Derecho y el materialismo histórico* encontramos advertencias en este sentido: a propósito de ciertas consideraciones de Pasukanis sobre las contradicciones de la teoría burguesa del Derecho como fiel reflejo de las contradicciones del Derecho burgués, escribe Kelsen: «Toda esta argumentación de una dialéctica que se pierde en místicas tinieblas vive de un equívoco inadmisible. Llamando a una real oposición de intereses «contradicción», no se adquiere el derecho de identificarla con una contradicción lógica. Se puede representar una oposición real de intereses igual que la relación de dos fuerzas físicas que actúan en dirección opuesta sin ninguna contradicción lógica. Esto nunca será puesto de relieve con suficiente energía contra todo intento dialéctico de oscurecimiento [...]. La identificación de oposición real y contradicción lógica sólo puede enredar en contradicciones insoportables incluso una tal concepción dialéctica de la historia» [35]. Es sin embargo, en *La teoría política del bolchevismo* y en *La teoría comunista del Derecho* donde la crítica kelseniana se explicita más y se dirige, no ya contra un determinado jurista marxista, sino contra el marxismo como tal: en la primera de ellas señala Kelsen que «Marx, lo mismo que Hegel, interpreta los conflictos de la lucha por la vida, el antagonismo entre grupos de intereses opuestos, y en especial el desacuerdo de fuerzas productivas y modo de producción, como contradicciones lógicas [...]; pero en contraposición a Hegel, y con menos coherencia que éste, no identifica pensamiento y ser» [36]. En *La teoría comunista del Derecho* caracteriza al marxismo como «una teoría que -bajo la guía de la lógica dialéctica de Hegel- transfiere las contradicciones lógicas del pensamiento al ser» [37]. Ello explica por qué «el que una teoría se enrede en contradicciones lógicas no constituye objección desde el punto de vista de la nueva lógica, la lógica dinámica de la dialéctica, que Marx y Engels tomaron de la filosofía de la historia de Hegel [...]. Si las contradicciones lógicas son inherentes a la realidad las contradicciones en el pensar no son un defecto lógico [...]. Marx y Engels hicieron abundante uso de la nueva lógica dialéctica [...]» [38].

4.2. La concepción dialéctica del cambio (social, por lo que nos interesa) implica, en opinión de Kelsen, considerar que el valor es un atributo de la realidad (social) presente o futura (se trata, como puede verse, de la misma crítica recogida en el § 3, formulada ahora a propósito de la dialéctica). Ello le permite «presentar lo que es simplemente un postulado político basado en juicios subjetivos de valor, como el resultado necesario de una evolución, determinada por leyes objetivas, que conduce necesariamente de un nivel inferior de cultura a otro más elevado. Si la realidad no corresponde al valor postulado, presuntamente inherente a aquélla, se transfiere al futu-

35 *T.G.D. e.m.s.*, pp. 152-153.

36 *T.c.D.E.*, p. 291.

37 *T.c.D.E* . p. 39.

38 *T.c.D.E.*, pp. 78-79.

ro al inexorable realización de ese valor» [39]. Esta arbitrariedad en la atribución del valor, bien a la sociedad presente, bien a la futura, explica -junto con «su carácter totalmente optimista, su tesis de que la realización progresiva de un estado ideal de la humanidad es el resultado necesario del proceso histórico» [40]- la funcionalidad y adaptabilidad de la dialéctica a las exigencias de cualquier ideología política, tanto de signo conservador (Hegel) como revolucionario (marxistas): pues «cualquier situación histórica puede ser interpretada de modo que represente la tesis, o la antítesis, o la síntesis, de acuerdo con la evaluación política que de ella haga el intérprete» [41].

5

El concepto de «Estado»

Una primera crítica de Kelsen a la teoría política del marxismo afecta a la definición de «Estado». En Marx y los marxistas, usualmente encontramos definiciones de «Estado» de tipo *funcional:* el Estado aparece definido en ellas -bajo una u otra formulación- como maquinaria dirigida al mantenimiento de la explotación de clase. Kelsen acepta que bajo esta definición funcional se halla algo que empíricamente es probablemente verdadero, aunque parcial, a saber, que el Estado bajo el capitalismo cumple efectivamente, entre otras, esta función de garantía de la explotación: «El Estado moderno -escribe- puede considerarse seguramente como un medio para el objetivo de la *explotación* económica de una clase por parte de otra» [42] si bien no es menos cierto, en su opinión, que ese mismo Estado «es apto para actuar *en la dirección* de la supresión de clases» como lo muestra «la legislación de política social [que] ha sido puesto en práctica por la presión cada vez mayor de las organizaciones de los trabajadores» [43]. Acepta también Kelsen -en este punto dice «estar de acuerdo plenamente con la teoría marxista»- el carácter ideológico de toda concepción del Estado como expresión de un presunto interés común: concepciones de este género constituyen una «ficción» que «consciente o inconscientemente persigue la finalidad de

39 *La teoría política del bolchevismo (T.c.D.E.,* p. 292).

40 *Id. (T.c.D.E.,* pp. 287-288).

41 *Id. (T.c.D.E.,* p. 292). También en las críticas a la dialéctica hay una coincidencia notable entre Kelsen y Popper. En Popper se encuentra, sin embargo, una razón más en contra del principio dialéctico de admisibilidad de proposiciones contradictorias: se trata de la demostración de que «si se admiten dos enunciados contradictorios, entonces se debe admitir cualquier enunciado; pues de un par de enunciados contradictorios puede inferirse válidamente cualquier enunciado», de modo que «si una teoría contiene una contradicción, entonces implica todo y, por lo tanto, nada» *(Qué es la dialéctica* (l937) en *Conjeturas y refutaciones,* cit., pp. 375 y ss.: 381 y 383). Con todo, Popper parece tomarse menos en serio que Kelsen tanto la dialéctica como tal como el papel de la misma en el marxismo: las tesis de la dialéctica no habría tanto que tomarlas en su literalidad -como hace Kelsen- sino más bien como manifestaciones de una manera «vaga» y «metafórica» de hablar. Sobre esto se volverá más adelante.

42 *S y E.* p. 189.

43 *Id.,* p. 190.

mantener obedientes a aquellos *contra* cuyos intereses existe en cada caso el ordenamiento estatal constrictivo» [44].

En el desacuerdo de Kelsen con el marxismo en punto al Estado hay, desde luego, una vertiente de tipo empírico, terreno en el que Kelsen discrepa -como se acaba de ver- de la tesis según la cual el Estado bajo el capitalismo sólo opera y sólo puede operar como instrumento de la explotación. Pero, más allá de este desacuerdo empírico, la principal divergencia entre Kelsen y el marxismo es de naturaleza propiamente conceptual. Pues lo que Kelsen impugna es que sea científicamente pertinente una definición funcional de «Estado» (o de «Derecho»: recuérdese que ambos términos denotan, en la teoría pura, el mismo objeto). En una definición de este tipo se pierde de vista precisamente lo específicamente jurídico-estatal, que no es una determinada función o contenido (que puede compartir con otros sistemas normativos no jurídicos: morales, religiosos...) sino precisamente una *forma* -esto es, el constituir un «sistema de normas que ordenan la constricción» [45]- que, en cuanto tal, puede servir para realizar cualquier función social o, lo que es lo mismo, puede llenarse de cualquier contenido: «el dominio llamado "Estado" u "ordenamiento jurídico", el llamado «aparato constrictivo» se caracteriza por constituir -escribe Kelsen- «una forma específica de la vida social, que puede asumir contenidos muy variables, un *medio* de técnica social, con el que se pueden perseguir los objetivos más diversos» [46]. Además, una razón adicional para rechazar la definición funcional de «Estado» que el marxismo propone se halla en el hecho -y aquí la crítica de Kelsen es plenamente interna- de que, si se parte de dicha definición, una tesis importante del marxismo (la tesis de la dictadura del proletariado, del Estado de los proletarios) resulta inconsistente con ella, en tanto que su tesis programática final (la extinción del Estado) queda reducida a una mera tautología. En efecto, si se define el Estado como maquinaria coercitiva para la explotación de una clase por otra ¿cómo se cohonesta esta definición con la postulación de un Estado proletario para la fase de transición cuya función histórica haya de ser «la abolición definitiva de toda explotación de una clase por otra» [47]. Y en cuanto a la extinción del Estado, «si por "Estado" sólo se entendiera la opresión de clase basada en la explotación [...] la famosa teoría de la "extinción del Estado" debería ir a parar en la afirmación de que, cuando desaparezca la opresión de clase basada en la explotación se extinguirá también la opresión de clase basada en la explotación» [48]. Por todo ello concluye Kelsen que, tanto en el contexto de la «dictadura del proletariado» como en el de la «extinción del Estado», el concepto de «Estado» implícitamente usado por los marxistas es el de «orden coercitivo centralizado» es decir, «exactamente [aquel que] los marxistas tra-

44 *Id.*, p. 194-195.

45 *Id.*, p. 188.

46 *Id.*, p. 189.

47 *La teoría política del bolchevismo (T.c.D.E.,* p. 296).

48 *S y E.*, p. 192.

tan de ridiculizar como "formalista", porque no incluye el objeto sustancial de esta maquinaria coercitiva, el contenido de este orden coercitivo» [49].

6

La extinción del Estado

6.1. La crítica a la tesis de la extinción del Estado constituye otro de los puntos nodales de la crítica kelseniana al marxismo como teoría política. Antes de ocuparnos directamente de ella es conveniente, sin embargo, prestar alguna atención a la reconstrucción filológica que Kelsen hace del lugar y de la importancia de la tesis extincionista en el conjunto de la doctrina marxista. En este sentido, no puede dejar de observarse en el análisis kelseniano de los textos marxistas sobre el tema la existencia de un *salto* interpretativo para el que no se aduce justificación. Se trata de lo siguiente: cuando Kelsen examina la tesis de la extinción del Estado en Marx, su lenguaje es cauteloso a la hora de atribuírsela sin fisuras y se esfuerza en poner de relieve las oscilaciones que, en este punto, cabe encontrar en los textos de Marx; por el contrario, cuando su atención se dirige a los marxistas de la segunda generación o cuando alude al marxismo sin más, Kelsen presenta la extinción del Estado como el punto programático esencial de esta doctrina. Veámoslo:

6.1.1. Señala Kelsen que «se encuentran en Marx pasajes en los que éste se opone, de la manera más decidida, no simplemente al Estado de clase capitalista, sino al Estado en general» [50]. Ejemplos particularmente característicos de esta presencia del «ideal anárquico» en Marx se encuentran a juicio de Kelsen, en los análisis sobre la Comuna de París contenidos en *La guerra civil en Francia* [51]. Hay sin embargo -observa asimismo Kelsen- otros textos de Marx en los que su adhesión a las tesis extincionistas es mucho menos clara. Tal es el caso de la *Crítica del programa de Gotha* en el que Marx, a propósito de la pregunta «¿qué transformaciones sufrirá el Estado en la sociedad comunista?» se abstiene de toda respuesta categórica para limitarse a apuntar que «esa pregunta sólo puede contestarse científicamente» [52]. Comentando este pasaje, escribe Kelsen: «Marx, sin embargo, no dio esa respuesta "científica"» [53]. Y, por lo que hace al pasaje sobre la «superación del estrecho horizonte del Derecho burgués» en el comunismo (perteneciente asimismo a la *Crítica del programa de* Gotha), Kelsen hace ver que este *dictum* puede interpretarse tanto en el sentido de aludir a la superación del principio fundamental del Derecho burgués (retribución según el trabajo) *en otro ordenamiento jurídico* que realice el principio de retribución según las necesidades, como en el de entender que Marx pretendía referirse a la superación de toda forma de ordenamiento jurídico [54]. Del análisis de

49 *La teoría política del bolchevismo (T.c.D.E.,* p. 296).

50 *S y E,* p. 247.

51 Cfr. *S. y E.,* pp. 240 y ss.

52 K. Marx: *Crítica del programa de Gotha* (citado por Kelsen en *S. y E.,* p. 258).

53 *S y E,* p. 259.

54 *Id.,* pp. 200-261.

los textos marxianos efectuado por Kelsen se deduce, pues, que no es posible dar una respuesta inequívoca a la pregunta de si el objetivo extincionista forma o no parte plenamente integrante del pensamiento político de Marx.

6.1.2. Es por ello sorprendente que el mismo Kelsen escriba poco después que «Lenin repitió correctamente los puntos de vista de Marx y Engels acerca de la última frase suprema del desarrollo socialista» [55], que «la teoría política tal y como la desarrollaron Marx y Engels es anarquismo puro» [56] y que, por ello, «el mérito indiscutible de los trabajos de Lenin y de los demás autores bolcheviques consiste en haber restablecido la verdadera teoría del Estado de Marx y Engels» [57]. Calificada así la interpretación leninista como la única fiel a Marx, Kelsen reprochará a los marxistas defensores de la necesidad de un orden constrictivo también en la fase superior del socialismo (Kautsky, Renner, Bauer) no el fondo de sus posiciones -con el que obviamente estaba de acuerdo- sino su pretensión de presentarlas como no opuestas a la doctrina de Marx [58]. Ni la tajante atribución de ortodoxia al estincionista Lenin ni la no menos rotunda consideración como no marxistas de las orientaciones estatalistas de Kautsky, Renner o Bauer acaban de compadecerse bien con el propio análisis kelseniano de los textos de Marx.

6.2. Sea como fuere -y abandonando ya el campo de la *Marx-philologie* kelseniana- la tesis de la extinción del Estado constituye, como decía, uno de los blancos centrales de la crítica de Kelsen. La argumentación al respecto -que se repite prolijamente una y otra vez en sus diversas obras sobre el marxismo- puede reconducirse, en mi opinión, a las dos líneas siguientes: en primer lugar, la extinción del Estado como programa político es inconsistente con el programa económico del marxismo, que propugna la absoluta socialización de la economía y la centralización de las decisiones económicas; en segundo lugar, un orden social sin constricción, esto es, sin Estado, requiere determinadas condiciones factuales cuya realizabilidad no se encuentra en modo alguno fundamentada y es, en todo caso, incompatible con lo que sabemos de la naturaleza humana. Esta segunda línea argumentativa resulta, desde luego, -independientemente de su razonabilidad- chocante en quien, como Kelsen, ha criticado tanto toda forma de iusnaturalismo y ha enfatizado en tan gran medida la inexistencia de puentes entre «es» y «debe».

6.2.1. La primera de las líneas de crítica kelseniana a la tesis de la extinción del Estado es, como se ha indicado, inmanente al propio marxismo. Pues el programa económico de éste encuentra su culminación, en efecto,

55 *Id.,* p. 292.

56 *Marx o Lassalle (S y E,* p. 368).

57 *Id. (S y E,* pp. 368-369).

58 Cfr. *S y E,* pp. 279-290 y *Marx o Lassalle (S y E,* pp. 375-394). Tan sólo escapa a este reproche H. Cunow, «uno de los mejores teóricos del marxismo», en opinión de Kelsen, pues este autor -en su libro *Die Marxsche Geschichts -Gessellschafts- und Staatstheorie,* Berlín, 1920 -presenta su propia posición estatalista como conscientemente ajena a la de Marx y Engels (cfr. *Marx o Lassalle -S y E,* pp. 394 y ss-).

en una «organización de la economía rígida, colectivista-centralizada», mientras que su «doctrina política aspira evidentemente a un ideal anarquista-individualista» [59]. Hay, por ello, una «contradicción, en el sistema del socialismo "científico", entre la situación legal de la sociedad comunista del futuro, que se presume será de anarquía individualista, y la situación económica, que consistirá en el reemplazo de la "anarquía de la producción capitalista" por una producción altamente organizada sobre la base de la propiedad colectiva de los medios de producción, concentrada necesariamente en manos de una autoridad central» [60]. El que esta contradicción haya podido pasar desapercibida se ha debido en gran medida -observa Kelsen- a la «apariencia seductora» de la fórmula engelsiana según la cual en la sociedad comunista «el gobierno de las personas es sustituido por la administración de las cosas, por la dirección de los procesos productivos» [61]. Pero la magia de esta fórmula se disipa en cuanto advertimos que la dicotomía entre dominio político sobre los hombres y administración económica de las cosas, sobre la que la misma se basa, resulta insostenible. Pues «como las cosas son administradas y los procesos de producción son dirigidos por personas, la administración de las cosas y la dirección de los procesos de producción no son posibles sin un gobierno sobre las personas y poca duda cabe de que la centralización de todo el proceso de producción económica requerirá un alto grado de autoridad» [62].

6.2.2. La inconsistencia, interna al marxismo, de propugnar la extinción del Estado como programa político en tanto que, simultáneamente, se aboga en el plano económico por la colectivización centralizada no constituye, con todo, la razón principal del rechazo kelseniano de la tesis extincionista. Este se fundamenta más bien -y aquí la crítica se hace externa- en la consideración de que dicha perspectiva es irrealizable, por tener como fundamento una predicción no fundamentada de crecimiento económico virtualmente ilimitado y una imagen inadecuada de la naturaleza del hombre como ser social. La admisión de la realizabilidad del comunismo como sociedad anárquica se halla condicionada, en efecto, en primer lugar, a la suposición de que «la socialización de los medios de producción aumentará la producción en tal medida que todas las necesidades económicas podrán ser satisfechas» [63]. Esta suposición «no halla fundamento en nuestra experiencia social» [64]. Por lo que hace a la fase socialista «es cierto que [la socialización] implica una tendencia al aumento de la producción, pero tam-

59 *S y E,* p. 271.

60 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 77). Cfr. también *The Law as a Specifc Social Technique* (1941) (trad. cast.: *El Derecho como técnica social específica,* en *¿Qué es justicia?,* trad. y estudio preliminar de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1982, p. 166).

61 El pasaje pertenece, como se sabe, al *Anti-Dühring.* Kelsen lo cita en *S y E,* p. 270 *y* en *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 78).

62 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 78); *cfr.* también *S y E,* p. 271).

63 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 64).

62 *Id.* (T.c.D.E., p. 65).

bién la tendencia opuesta; y los resultados de la socialización, en cuanto se ha podido observarlos hasta el momento, no confirman la optimista predicción de Marx» [65]. La predicción de «un aumento extraordinario de la producción» es aún menos plausible cuando se refiere a la fase propiamente comunista «ya que según Marx será abolida la división del trabajo, que es uno de los medios más efectivos de elevar la producción, tanto cualitativa como cuantitativamente» [66]. Este carácter no ilimitado de la riqueza disponible originará la persistencia, también en la sociedad comunista, de conflictos distributivos, pues «entre las necesidades que los hombres subjetivamente sienten se producen conflictos tales que impiden que ningún orden social resulte capaz de satisfacer todas esas necesidades, si no es satisfaciendo unas a expensas de otras» [67]. Y, por la misma razón, tampoco puede dejarse al arbitrio individual la determinación de las capacidades que cada uno ha de aportar al producto social, sino que «estas cuestiones deberán necesariamente ser decididas y resueltas por los órganos competentes de la colectividad según las normas de su ordenamiento» [68]. Una eventual sociedad comunista, si bien eliminaría las clases sociales y, con ellas, los antagonismos de clase, no traería pues aparejada -contra lo que piensan los marxistas- la desaparición de todo conflicto económico: aun en una sociedad sin clases surgirán conflictos de esta naturaleza tanto en la esfera de la producción (determinación de las capacidades a aportar) como en la de la distribución (determinación de las necesidades a satisfacer).

Pero aun cuando la sociedad comunista lograra la eliminación de todo conflicto económico -lo que, como acabamos de ver, no es el caso- ello no implicaría la realizabilidad de un orden social sin constricción. Pues no hay, en opinión de Kelsen, ninguna razón para pensar que la ausencia de conflicto económico haya de conllevar la desaparición de las restantes fuentes de enfrentamiento entre los hombres. A este respecto, Kelsen ve en el marxismo una concepción de la naturaleza humana cuyo decidido optimismo no tiene otra base más que lo que podríamos llamar un entendimiento injustificadamente monista de las determinaciones de la conducta social de los hombres: si el marxismo cree posible una sociedad básicamente aconflictual (y, por lo tanto, capaz de prescindir de un orden coercitivo) es porque considera que el antagonismo económico -que reduce a su vez el antagonismo de clase- es la única raíz relevante del comportamiento desviado y de la conflictividad social. Frente a tan sumario diagnóstico, la opinión kelseniana es que «lo que verdaderamente hace necesario un ordenamiento coercitivo» radica en ciertas constantes de la naturaleza humana situadas mucho más allá de la explotación económica de clase: se trata de «la oposición existente entre el ordenamiento social y los instintos, deseos e intereses de los

65 *Id.* (T.c.D.E., p. 65).

66 *Id.* (T.c.D.E., p. 65).

67 *Justice et Droit naturel* (1959) (cito por la trad. cast.: *Justicia y Derecho natural* en AAVV: *Crítica del Derecho natural,* introd. y trad. de Elías Díaz, Taurus, Madrid, 1966, p. 72).

68 *Id.,* p. 70.

hombres, cuyo comportamiento es regulado por el ordenamiento, para producir el estado de cosas querido por éste» [69]. Por ello, la misma supresión de la explotación de clase requiere, para que esta última no resurja, un orden coercitivo: pues «la explotación económica, no estando en la naturaleza de las cosas, puede surgir tan sólo de la naturaleza de los hombres y por consiguiente -si no se confía en la completa transformación del hombre- deberá siempre ser impedida» [70]. Y esta confianza «en la completa transformación del hombre» -esto es, la predicción de que la supresión de la explotación habrá de generar una comunidad en la que los hombres actúen espontáneamente de forma solidaria en sus diversas relaciones mutuas- constituye, por su parte, «el ejemplo escolástico de una utopía 'no científica', por no estar basada en experiencia alguna» [71]. Antes al contrario, el conocimiento disponible abona más bien, según Kelsen, la predicción opuesta: pues «la psicología criminal demuestra que las circunstancias económicas no son las únicas causas de perturbación del orden social; que el sexo y la ambición representan un papel por lo menos tan importante como aquéllas, y quizá representen un papel más importante aún cuando sean eliminadas las causas económicas» [72]. Por todo ello, «sería una miopía incomprensible querer liquidar como meras diferencias factuales de opinión entre compañeros las dificultades que se presentan en el campo religioso, artístico y erótico, puesto que no existen divergencias de opinión que no puedan convertirse en un contraste de vida o muerte» [73].

7

La dictadura del proletariado

7.1. A propósito de la tesis de la dictadura del proletariado, como etapa preparatoria de la futura sociedad sin Estado, cabe observar, ajuicio de Kelsen, un nuevo caso de contradicción interna en la doctrina marxista. Si en lo referente a la extinción del Estado la contradicción tenía lugar dentro de la vertiente programática de esta doctrina (sus programas político y económico serían mutuamente incompatibles) ahora la contradicción se daría entre una propuesta programática (la dictadura del proletariado) y la teoría explicativa del acontecer social propia del marxismo: el materialismo histórico o, como Kelsen significativamente prefiere decir, «la interpretación económica de la sociedad». Postular la dictadura del proletariado implica -argumenta Kelsen- abogar por la abolición de la explotación económica por medio de la dominación política, lo que resulta inconsistente con la explicación marxista de la dinámica social que, en la reconstrucción que el propio Kelsen hace de la misma, sostendría una relación de causalidad unidi-

69 *T.G.D. e.m.s.,* p. 83.

70 *Id.,* p. 84.

71 *S y E,* p. 220.

72 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 65).

73 *S y E,* p. 273.

reccional entre economía y política. En la dictadura del proletariado -escribe- «la clase políticamente dominante es, por lo menos en cierta medida, explotada por la clase políticamente dominada; y el proletariado es la clase políticamente dominante, pero la burguesía es, por menos en cierta medida, la clase económicamente dominante. Esto representa el abandono total de la interpretación económica de la sociedad»[74].

7.2. Conviene advertir que cuando Kelsen señala la existencia de una contradicción entre la propuesta de la dictadura del proletariado y los esquemas interpretativos del materialismo histórico, el alcance del término 'dictadura del proletariado' se circunscribe -como se habrá observado en el texto que se acaba de citar- al de 'dominio de clase proletario'[75], siendo indiferente para la cuestión cuales sean las formas políticas ('dictatoriales' o 'democráticas' en el sentido del uso común de estas expresiones) que tal dominio de clase asuma. A este respecto debe subrayarse -contra lo que algún crítico ha objetado[76]- que Kelsen es perfectamente consciente de la peculiaridad del uso lingüístico marxiano del término 'dictadura', que no hace referencia a una configuración institucional 'despótica' del Estado, sino al carácter de clase del mismo. Véase, por ejemplo, el siguiente pasaje de *Socialismo y Estado:* «no puede caber duda de que Marx y Engels consideraron la democracia como la forma política en que se debía realizar la dictadura del proletariado. La palabra 'dictadura' no puede ser ciertamente muy afortunada [... pero] la conciliabilidad de la 'dictadura' en el sentido del uso lingüístico marx-engeliano, con la 'democracia' no puede ponerse en duda si se tiene presente la 'dictadura' de la burguesía, de la que habla Marx»[77]. Y poco después: «yo no he afirmado nunca, como cree Max Adler, que exista una contradicción entre democracia y dictadura, *en la forma en que Marx y Engels entienden este concepto* (...). La contradicción existe únicamente entre la democracia y para ser más precisos, la reivindicada por Marx y En-

74 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 53). El mismo argumento se repite en *The Foundations of the Democracy:* «En la transición del régimen capitalista al socialista, la interpretación económica de la sociedad, con su principio de la supremacía de la economía sobre la política, se derrumba de forma manifiesta. Para llegar a ser el grupo económicamente dominante, es decir, para establecer un sistema económico socialista, el proletariado debe antes llegar a ser el grupo políticamente dominante» *(I fondamenti della democrazia,* cit., p. 329).

75 Qué signifique la expresión «dominio de clase proletario» es, por otra parte, problemático, «ya que según el sentido de la concepción materialista de la historia 'dominación' y 'opresión' deberían tener sólo el significado económico de la explotación» *(S y E,* pp. 213-214). De ahí que se pueda concluir que se trata de una expresión vacía: «un dominio de clase sin explotación económica no tiene sentido» *(Id.,* p. 215).

76 R. Guastini, en *La dotrina pura del diritto e il marxismo,* cit. en n. 20, cree ver en la crítica de Kelsen al marxismo una suerte de esencialismo lingüístico que entre otros efectos negativos, le impedirá comprender que, en el contexto del marxismo, «el sintagma 'dictadura democrática' -aún cuando suene como un abuso lingüístico- no es, en rigor, autocontradictorio» (p. 146). Sobre esta crítica de Guastini se volverá con detalle más adelante.

77 *S y E,* p. 320.

gels tanto para el Estado de clase capitalista como para el proletario, y la dictadura tal como es concebida por la teoría bolchevique» [78].

8

Las teorías jurídicas del marxismo. El Derecho como ideología; el «Derecho revolucionario»

8.1. La crítica de Kelsen a las teorías jurídicas del marxismo se desarrolla enteramente sobre las obras de los juristas soviéticos. El que ello sea así obedece a que en el período anterior a las mismas, el marxismo -como señala el propio Kelsen- «se había ocupado relativamente poco de los problemas de la teoría general del Derecho» [79] y, en todo caso, no había dado a luz ninguna obra que se presentara como competitiva respecto a las teorías generales del Derecho elaboradas por autores «burgueses». El único libro importante de temática jurídica que produjo el marxismo pre-soviético fue el de Karl Renner *Las instituciones del Derecho privado y su función social,* pero este escrito -de nuevo en palabras de Kelsen- «no es propia o principalmente una crítica de la teoría burguesa del Derecho, sino una investigación sobre el Derecho burgués, sobre la función real y sobre los cambios de las funciones de sus institutos» [80]. La obra de Renner constituyó, pues, más una aportación externa y complementaria que una alternativa con vocación de disputar su propio terreno a las teorías generales del Derecho no marxistas.

Junto al tomar a los juristas soviéticos como blanco de referencia casi exclusivo, la crítica kelseniana al marxismo jurídico presenta otra particularidad digna de mención en relación con sus críticas filosóficas o teórico-políticas: mientras que en el plano filosófico Kelsen se refiere casi invariablemente al marxismo *in toto* y en el plano teórico-político tan sólo tiene presente la gruesa dicotomía entre marxistas revolucionario/extincionistas y marxistas reformista/estatalistas, en sus críticas a las teorías jurídicas del marxismo aborda autor por autor y -salvo alguna excepción referente a

78 *Id.,* p. 335 n. Ello no obstante, en Marx y Engels ya habría una cierta tendencia -luego radicalizada en la doctrina bolchevique- a desplazar el significado del término 'démocracia' hacia el *contenido* del orden jurídico, ubicando en un lugar algo secundario la *forma* de creación del mismo *(Cfr.,* en este sentido, *La teoría política del bolchevismo -T.c.D.E.,* pp. 324-326- *e I fondamenti della democrazia,* cit., pp. 192 y 328).

79 *T. G. D. e m. s.,* p. 58

80 *Id.,* pp. 58-59. Ello no obstante, N. Leser ha puesto de relieve la existencia de importantes coincidencias entre Kelsen y Renner *en el plano de la teoría del Derecho y de la teoría de la ciencia jurídica.* Según Leser, dichas coincidencias serían principalmente las siguientes: a) la oposición al sincretismo metodológico y a la infiltración de la sociología en la jurisprudencia; b) la consideración de que la eficacia de las normas es de la incumbencia del economista y del sociólogo y queda fuera de la sistematización jurídica; c) la consideración de las nociones de «deber jurídico» y de «sanción» como eje de la teoría del Derecho y del «derecho subjetivo» como técnica prescindible; d) la derivación del derecho subjetivo del Derecho objetivo y no a la inversa (cfr. N. Leser: *Hans Kelsen y Karl Renner,* en AAVV, *Teoría pura del Derecho y teoría marxista del Derecho,* trad. cast. de E. Volkening, Temis, Bogotá, 1984, pp. 68-69).

posiciones generalmente asumidas por la tradición marxista, que seguidamente veremos- los examina y discute separadamente.

8.2. Dos de las posiciones ampliamente difundidas entre los juristas marxistas, que Kelsen critica imputándolas al marxismo como tal, son especialmente destacables: la tesis del carácter ideológico del Derecho y el concepto de «Derecho revolucionario». En ambos casos se trata de posiciones ampliamente difundidas entre los marxistas, pero no unánimemente compartidas por ellos: como se sabe, la tesis del carácter ideológico del Derecho es explícitamente negada el menos por un autor importante (Stucka) en tanto que el concepto de «Derecho revolucionario» no tiene cabida alguna en una concepción como la de Pasukanis.

8.2.1. Según Kelsen, cabe hablar de «ideología» en dos sentidos: en el primero, «ideología» se identifica con «el mundo del espíritu» [81] -esto es, el mundo de los objetos ideales creados por los hombres- y se contrapone a la realidad natural. En este sentido amplísimo de «ideología», las normas jurídicas pertenecen obviamente a su dominio. En un segundo sentido -que Kelsen considera como «el más estricto y propio de la palabra, el único en que se debería hablar de ideología» [82]- este término alude a una *representación deformada* de la realidad, deformación que viene generada por la presencia -consciente o inconsciente- de juicios de valor en el interior de un discurso que debiera articularse como puramente cognoscitivo. En este sentido propio de "ideología" es ideológica, por ejemplo, la jurisprudencia burguesa, cuando a la «interpretación del material (normativo) empíricamente dado» une «la tendencia a justificarlo éticamente, a disfrazarlo y ocultarlo oportunamente en caso de que esté en contradicción con el valor fundamental que opera como presupuesto, en la mayor parte de los casos no consciente, de este intento de legitimación» [83].

Pues bien: los marxistas, al hablar del Derecho como fenómeno ideológico, obviamente no tratan de indicar su no pertenencia a la realidad natural, su ubicación en lo que Kelsen llama el «mundo del espíritu», sino que hacen centralmente referencia a su carácter deformador, falseador de la realidad. Esta consideración del Derecho como ideología -en el sentido «estricto y propio» del término- carece, en opinión de Kelsen, de sentido y se basa por completo en una confusión entre el Derecho y los discursos sobre el Derecho. Si la ideología es representación deformada de la realidad, el Derecho no puede ser «ideológico» por la misma razón por la que no puede ser «verdadero»: esto es, porque no está constituido por aserciones (verdaderas o valorativamente deformadas) acerca de cómo es la realidad, sino por prescripciones, que carecen de valor veritativo. Escribe así: «El Derecho no es una teoría como producto del conocimiento sino una institución social establecida por actos de voluntad» [84]. Por ello, «si la función carac-

81 *T.G.D. e.m.s.,* p. 61.

82 *Id.,* p. 63.

83 *Id.* p.

84 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 129).

terística de la 'ideología' consiste en representar erróneamente la realidad, reflejar -como un espejo defectuoso- la realidad en forma torcida, ni el Derecho ni el Estado como instituciones sociales reales pueden ser ideologías. Sólo una teoría como función del pensamiento, no el Derecho, que es una función no del pensamiento sino de la voluntad, puede ser una ideología (...). La opinión de que el Derecho es una ideología es el resultado de confundir el Derecho como una cierta teoría del Derecho, confusión que es muy frecuente no sólo entre los jurisconsultos marxistas, sino también entre los burgueses» [85].

8.2.2. Otro sinsentido generalizado entre los juristas marxistas es, en opinión de Kelsen, su consideración del Derecho soviético como «Derecho revolucionario». El concepto de «Derecho revolucionario» es autocontradictorio, pues «Derecho» y «revolución» son términos incompatibles: «revolución -escribe- significa subversión, significa ruptura de un ordenamiento, significa discontinuidad, fundación de un nuevo ordenamiento sobre la violación del viejo, significa, por ello, ilegalidad» [86]. Esta incurrencia de los juristas marxistas en la *contradictio in adjecto* que implica la expresión «Derecho revolucionario» sólo se explica, a juicio de Kelsen, si se atiende a que en el uso marxista del término «revolución» no subyace propiamente un concepto, sino mas bien un *slogan* al que se otorga la máxima fuerza legitimante: los juristas de esta tendencia «se sirven de una nueva ideología, que en nada va a la zaga de la vieja en cuanto a fuerza de justificación [...]. A nadie que examine sin prejuicios el uso que la teoría marxista hace de las palabras 'revolución' y 'revolucionario' puede escapársele que con ellas no se expresa otra cosa más que un supremo valor social. Todo lo que el racionalismo burgués ve de valioso en la idea de progreso y el irracionalismo burgués en la idea de sagrado se concentra en la idea de revolución, tal como es presentada por la teoría marxista» [87].

9

Stucka

La obra de Stucka *La función revolucionaria del Derecho y del Estado: una teoría general del Derecho,* publicada en 1921, significó, a juicio de Kelsen, «la primera tentativa importante de desarrollar una teoría del Derecho específicamente soviética -no como un simple subproducto de la teoría del Estado» [88]. Del examen kelseniano de la misma, tienen interés dos géneros de observaciones: las referentes a la definición de Derecho propuesta por Stucka y las formuladas a propósito de las críticas de éste a la jurisprudencia «burguesa».

El Derecho, como se sabe, es definido en la obra de Stucka como «un sistema (u ordenamiento) de relaciones sociales correspondiente a los intere-

85 *Id. (T.c.D.E.,* p. 32).

86 *T.G.D. e m.s.,* p. 101.

87 *Id.,* p.

88 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 95).

ses de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esta clase»[89]. Aclara Stucka que las «relaciones sociales» a que alude su definición se identifican con las relaciones económicas, y muy especialmente con las relaciones de producción. «Esto significa -observa Kelsen- que el Derecho se identifica con la sociedad y la sociedad con la economía»[90]. Esta disolución de la forma jurídica en las relaciones sociales (que no se consideran reguladas, sino meramente *expresadas* por aquélla) debiera -arguye Kelsen- desembocar en una pareja disolución de la jurisprudencia en la ciencia económica: pues «si el Derecho, como algo diferente de la economía no existe en realidad [...] es imposible una teoría del Derecho diferente de una teoría económica»[91]. Este paso, ineludible desde una asunción coherente de la definición de Derecho de Stucka, no es dado sin embargo por éste: «[...] no hay un Derecho diferente de las relaciones económicas. Pero, por otra parte, Stucka trata el Derecho como objeto real de una ciencia que él no identifica, al menos expresamente, con la ciencia económica»[92].

El trabajo de Stucka es, por otra parte-siempre a juicio de Kelsen- particularmente deficiente en sus críticas a las teorías jurídicas no marxistas. Según Stucka, la jurisprudencia burguesa se caracteriza por partir de «un concepto puramente formal del Derecho» y por contemplar éste como «una categoría eterna»[93]. En opinión de Kelsen, esta caracterización es, por un lado «contradictoria consigo mismo» y, por otro, ofrece una imagen por completo distorsionada de la teoría jurídica contemporánea al propio Stucka. Es autocontradictoria porque «una teoría legal no puede ser formalista y al mismo tiempo definir el Derecho como una categoría eterna. La escuela [...] que trata de describir el Derecho como una categoría eterna, es decir, la doctrina del Derecho natural, es exactamente lo opuesto a una jurisprudencia formalista, y se dirige conscientemente contra el formalismo en jurispruducencia»[94]. Por lo demás, la crítica de Stucka se dirige «contra un enemigo imaginario», pues «la mayoría de los autores burgueses, en la época en que Stucka publicó su doctrina marxista del Derecho, no seguían por cierto la doctrina del Derecho natural y no consideraban por cierto al Derecho como una categoría eterna. Insistían, e insisten aún, en oposición a la doctrina del Derecho natural, en el carácter histórico y cambiante del Derecho»[95].

89 P. I. Stucka: *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*, trad. y prólogo de J. R. Capella, Península, Barcelona, 1969, p. 24. Esta definición fue adoptada como «oficial», en 1918, por el Comisariado del Pueblo para la Justicia.

90 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 96).

91 *Id*.

92 *Id*.

93 P. I. Stucka: *Op. cit.,* p. 35.

94 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 108).

95 *Id*.

10

Rejsner

En el § 8 se han examinado las críticas que Kelsen dirige al marxismo *in genere* a propósito de la tesis del carácter ideológico del Derecho. La concepción del Derecho de Rejsner representa una versión particularmente *fuerte* de esta tesis: su «remodelación de la doctrina de Petrazitsky sobre el Derecho intuitivo en el sentido de colocarla sobre cimientos marxistas» [96] desemboca en una definición de 'Derecho' en la que éste queda reducido a fenómeno entera y exclusivamente ideológico: el Derecho sería, sin más, «una ideología que se apoya, dentro de nuestra consciencia, fundamentalmente sobre el concepto de verdad, justicia e igualdad en la distribución y en la igualación de los hombres y de las cosas» [97]. Las críticas que Kelsen dirige a Rejsner son, a este respecto, inevitablemente reduplicativas de las que ya vimos en el § 8 dirigidas a los marxistas en general: el error básico de la teoría de Rejsner -escribe- reside en «la identificación de cierta teoría, interpretación o estimación de un objeto real con ese objeto; de una teoría del Estado con el Estado, de una teoría del Derecho con el Derecho» [98].

Hay, sin embargo, ajuicio de Kelsen, un elemento estimable en la obra de Rejsner: su entendimiento de la transformación social auspiciada por el marxismo como proyecto normativo/valorativo y no, naturalistamente, como mero resultado de leyes histórico-causales. Pero este mérito del enfoque de Rejsner no pertenece, como es claro, propiamente a su teoría jurídica, si bien con él mantiene relación el concepto político-jurídico fundamental de este autor: la «conciencia jurídica revolucionaria» que -si bien posee perfiles tan nebulosos como, pongamos por caso, el «espíritu del pueblo» de la Escuela Histórica- fue de indudable funcionalidad en los primeros tiempos revolucionarios.

Mayor interés -por lo que puede resultar de revelador de algunos límites de la comprensión kelseniana de las teorías jurídicas marxistas- tiene el comentario que Kelsen dedica a la fórmula de Rejsner en la que éste alude al Derecho «como forma ideológica basada en la igualdad de lo desigual» [99]. Prescindiendo ahora de la referencia a la «forma ideológica», Rejsner se limita aquí a enunciar la tesis, común a los marxistas, de que el Derecho, regulando igualitariamente situaciones materialmente desiguales, garantiza la reproducción de la desigualdad. Pues bien, el comentario de Kelsen es el siguiente: «La frase 'Derecho como forma ideológica basada en la igualdad

96 Así explicaba el propio Rejsner el alcance de su teoría jurídica, en la obra publicada en 1925 *El Derecho, nuestro Derecho, el Derecho extranjero, el Derecho general* (cito por la traducción inglesa de Hugh W. Babb -*Law, Our Law, Foreign Law, General Law*- que figura en J. N. Hazard: *Soviet Legal Philosophy,* Harvard University Press, 1951, p. 85. Esta traducción es también la utilizada por Kelsen).

97 M. A. Rejsner: *El Estado* (1912), citado por el propio Rejsner en *El Derecho, nuestro Derecho, el Derecho extranjero,* el *Derecho general* (trad. inglesa cit., p. 89).

98 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 122).

99 M.A. Rejsner: *op. cit.,* p. 107.

de lo desigual' no tiene otra función que oscurecer el hecho de que el Derecho no se basa en la igualdad de lo desigual sino que hay una teoría del Derecho que lo presenta como Derecho de igualdad aunque es un Derecho de desigualdad» [100].

11

Pasukanis

E. B. Pasukanis es, en opinión de Kelsen, «el representante más prominente de la teoría jurídica soviética en el primer período de su desarrollo» [101]. La importancia concedida por Kelsen a Pasukanis no se manifiesta solamente en este reconocimiento explícito, sino también en la atención prestada a su obra, cuidadosamente diseccionada tanto en *La teoría general del Derecho y el materialismo histórico* de 1931 (cuyo eje central viene a ser, precisamente, una prolija discusión con Pasukanis) como en *La teoría comunista del Derecho* de 1955. Y -lo que es sin duda menos objetivable pero quizás más indicativo- el *tono* general de discurso de Kelsen es notablemente diferente cuando es Pasukanis y no cualquier otro de los juristas soviéticos el objeto de su crítica: cuando ésta versa sobre Rejsner, Stucka o Vysinskij, el lector no puede evitar la impresión de que Kelsen está realizando una tarea que él mismo considera intelectualmente rutinaria; Pasukanis, en cambio, parece provocarle verdadera pasión.

El Derecho es presentado en la obra de Pasukanis como «la forma mistificada de una relación social *específica*» [102]: la relación entre poseedores de mercancías que intercambian equivalentes. De ello se deriva que «el núcleo más sólido de la nebulosa jurídica está precisamente en el campo de las relaciones de Derecho privado» [103] en tanto que el Derecho público sólo cabe hablar impropiamente, pues «el Estado (...) no necesita interpretación jurídica e incluso sustancialmente no la permite. Es un dominio en el que reina la llamada *raison d'État* que no es otra cosa que el principio de la simple conformidad con el fin» [104]. Por otra parte, en la concepción del Derecho de Pasukanis el elemento fundamental del mismo es la relación jurídica y no la norma: «la norma como tal [...] -escribe- o bien es una inferencia de relaciones ya existentes, o bien no representa, cuando es formulada como ley estatal, más que un síntoma que permite prever con una cierta verosimilitud el futuro nacimiento de las relaciones correspondientes» [105]. Consideración, pues, del Derecho como expresión de las relaciones mercantiles y de la relación jurídica como elemento primario del Derecho.

100 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 127).

101 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 131).

102 E. B. Pasukanis: *Teoría general del Derecho y marxismo* (1924), trad. cast. y presentación de V. Zapatero, Labor, Barcelona, 1976, p. 65.

103 *Id.,* p. 66.

104 *Id.,* p. 117.

105 *Id.,* p. 74.

Las críticas de Kelsen a la teoría jurídica de Pasukanis -aquí sumarísimamente bosquejada en sus determinaciones más básicas [106]- pueden reconducirse, en mi opinión, a los puntos siguientes:

11.1. La identificación del Derecho con las relaciones entre poseedores de mercancías impide a Pasukanis dar cuenta de un buen número de relaciones asimismo jurídico-privadas, como, por ejemplo, las pertenecientes al Derecho de familia: «Es evidente -anota Kelsen- que en el Derecho de una sociedad capitalista (que Pasukanis toma como el Derecho *par excellence)* no sólo las relaciones entre poseedores de mercancías tienen el carácter de relaciones jurídicas, sino también otras, como la relación entre marido y mujer, o entre padres e hijos, que pueden existir igualmente en una sociedad comunista» [107].

11.2. Uno de los reproches fundamentales de Pasukanis a las teorías jurídicas marxistas anteriores a la suya reside en que en ellas «el concepto jurídico es considerado exclusivamente desde el punto de vista de su contenido; no se plantea en absoluto el problema de la forma jurídica como tal» [108]. Pasukanis se propone superar esta carencia, considerando que «la teoría marxista debe, no solamente analizar el contenido material de la reglamentación jurídica en las diferentes épocas históricas, sino dar, además, una explicación materialista a la misma reglamentación jurídica en cuanto forma históricamente determinada» [109]. Sin embargo, este intento de superar la disolución de lo jurídico que critica en otros marxistas es, a juicio de Kelsen, irrealizable desde la propia concepción del Derecho de Pasukanis: si se considera que el Derecho es primariamente relación y no norma, lo específicamente jurídico se desvanece necesariamente; el precio de descartar la norma como eje del universo jurídico es precisamente el de no poder dar cuenta de la *forma jurídica* como tal. Escribe, en este sentido, Kelsen: «Aún si aceptamos esta artificial limitación del concepto de Derecho y suponemos que sólo las relaciones entre poseedores de mercancías son relaciones jurídicas o, como lo formula Pasukanis, asumen la 'forma' de relaciones jurídicas, 'reflejan' la 'forma del Derecho' surge la pregunta: ¿qué es esta 'forma del Derecho'? No puede ser idéntica a la relación económica específica que 'refleja'. Pero Pasukanis no contesta ni puede contestar a esta pregunta [...]» [110].

11.3. Una acusación que Kelsen dirige una y otra vez a Pasukanis es la de que éste se sitúa invariablemente «del lado de la tendencia ideológica y contra la tendencia antiideológica» de la jurisprudencia burguesa en una serie de puntos capitales de desacuerdo entre ambas: «tendencia ideológica» y «tendencia antiideológica» deben, naturalmente, entenderse en este con-

106 Para una exposición más circunstanciada de la teoría jurídica de Pasukanis, remito al artículo, escrito conjuntamente con M. Atienza, *Marxismo y ciencia del Derecho,* en «Sistema», n.º 64, esp. pp. 8-17.

107 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 135).

108 E.B. Pasukanis: *op. cit.,* p. 42.

109 *Id.*

110 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 135-136).

texto como sinónimos, respectivamente, de «teoría tradicional» (o no kelseniana) y «teoría pura» (kelseniana) del Derecho. Esta alineación de Pasukanis con la «tendencia ideológica» se refleja sobre todo en su aceptación de una serie de dualismos característicos de ésta (Derecho público/Derecho privado, Derecho objetivo/derecho subjetivo, Estado/Derecho) y también en algún otro elemento de su teoría del Derecho como, muy especialmente, su entendimiento del Derecho penal en términos retribucionistas.

11 .3.1. La negativa a conceder carácter jurídico al Derecho público «no es de ningún modo -señala Kelsen- una doctrina específicamente marxista. Muchos autores burgueses y especialmente juristas alemanas de actitud netamente conservadora defendieron esa doctrina» [111]. De hecho, la distinción romanística entre Derecho público y Derecho privado fue adoptada por la jurisprudencia alemana en beneficio de los príncipes reinantes y, por consiguiente, «no tanto en nombre del Derecho privado romano, sino más bien en nombre del Derecho romano del Estado, cuya teoría culminaba en la fórmula: *princeps legibus solutus est*» [112]. Así, la distinción entre Derecho público y Derecho privado conduce siempre a la difuminación del carácter jurídico del primero: en los autores dualistas, «el Derecho 'público' viene a ser Derecho sólo en sentido impropio, viene a ser un ámbito en el que, por así decirlo, el pensamiento jurídico produce sus efectos con menos intensidad. El Derecho privado es el ámbito propio del Derecho» [113]. Esta difuminación del carácter jurídico del Derecho público y la consiguiente afirmación de que «sólo el Derecho privado es verdadero Derecho» cumplen dos importantes funciones ideológicas: la primera es la de «justificar actos de gobierno, si por razones políticas el gobierno no aplica el Derecho existente, que le impone ciertas obligaciones» [114]; la segunda -y a ella debería ser especialmente sensible el marxista Pasukanis- es la de presentar las relaciones jurídico-privadas (por ejemplo, la que une al trabajador asalariado con su patrono) como ubicadas en un campo «del que parece excluido todo dominio político» [115] ocultando el hecho de que «si el Estado no tuviera obligaciones jurídicas, no podría haber derechos de los individuos; de que no hay relación jurídica en la que no sea parte -directa o indirectamente- el Estado, de modo que todo el Derecho es por su propia naturaleza Derecho público [...]» [116].

De esta forma, Pasukanis, al circunscribir el ámbito de lo jurídico al Derecho privado «no describe ni el Derecho en general ni el Derecho de una sociedad capitalista [sino que] reproduce una doctrina burguesa del Dere-

111 *Id., (T.c.D.E.),* p. 138.

112 *T.G.D. e m. s.,* p. 145.

113 *Id.,* p. 148.

114 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 140).

115 *T.G.D. em.s.,* p. 133.

116 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 139).

cho, errónea por ideológica» [117] y, así, «lleva agua al molino de quienes pretende combatir» [118].

11.3.2. La misma alineación con la «tendencia ideológica» muestra Pasukanis al aceptar el dualismo Derecho objetivo/derecho subjetivo y al conceder, dentro de él, la primacía a este último. La función ideológica de esta dicotomía es, en opinión de Kelsen, la de poner determinados límites al contenido posible del ordenamiento jurídico presentando al contenido posible del ordenamiento jurídico presentando los derechos subjetivos (y «ante todo la propiedad, ese prototipo del derecho subjetivo» [119]) como un *prius* respecto del Derecho objetivo que, así, no podría sino reconocer y garantizar estos derechos subjetivos surgidos independientemente de él: «se trata -escribe Kelsen- de defender la idea de que el derecho subjetivo, y más precisamente la propiedad privada, es una categoría *a priori* y trascendente respecto al Derecho objetivo, es una institución frente a la cual la conformación del contenido del ordenamiento jurídico encuentra una barrera infranqueable» [120]; en el mismo sentido: «el único propósito de esta interpretación dualista del Derecho es garantizar los derechos subjetivos existentes [...] especialmente los derechos de propiedad [...] para impedir la expropiación sin indemnización en caso de una reforma del Derecho existente, argumentando que tal reforma sería contraria a la naturaleza del Derecho» [121]. Frente a esta construcción ideológica, la teoría pura del Derecho reconduce, como se sabe, el derecho subjetivo al ordenamiento jurídico objetivo, lo que le permite mostrar que «el derecho subjetivo es sólo una posible y de ninguna manera necesaria conformación del contenido del Derecho objetivo, una técnica particular, de la que el Derecho puede servirse pero no es un absoluto necesario que se sirva» [122]. En opinión de Pasukanis, la teoría pura representaría en este punto «el espíritu de la época en que la escuela Manchester y la libre competencia fueron reemplazados por los grandes monopolios capitalistas y la política imperialista», y la primacía que el sistema kelseniano otorga al Derecho objetivo no pasaría de ser un reflejo del hecho de que «el capital financiero aprecia mucho más el poder fuerte y la disciplina que no los 'eternos e intangibles derechos del hombre y del ciudadano'» [123]. Lejos de ello, lo cierto es -argumenta Kelsen- que su construcción teórico-jurídica, al mostrar el derecho subjetivo como una técnica normativa prescindible «excluye todo abuso ideológico» respecto al mismo y deja expedita la vía para poner de relieve su vinculación con el sistema capitalista: el derecho subjetivo -indica expresamente- «es la técnica específica del ordenamiento jurídico capitalista, en cuanto que está construido sobre la institu-

117 *Id., (T.c.D.E.),* p. 140.

118 *T.G.D. e m.s.,* p. 149.

119 *Id.,* p. 119.

120 *Id.,* p. 122.

121 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 142).

122 *T.G.D. em.s.,* p. 129.

123 Teoría general del Derecho y marxismo, cit., p. 84.

ción de la propiedad privada y, por consiguiente, tiene particularmente en cuenta el interés individual» [124].

En el mismo sentido que la dicotonomía Derecho objetivo-derecho subjetivo se mueve, a juicio de Kelsen, la distinción -común en la doctrina tradicional y asimismo aceptada por Pasukanis- entre relaciones jurídicas personales y reales. Lo deformante de esta distinción se halla en la pretensión de que, junto a las relaciones jurídicas entre sujetos de Derecho, habría relaciones jurídicas de otro tipo (las denominadas relaciones *reales* y muy especialmente -de nuevo- la propiedad) cuyos dos polos estarían constituidos por un sujeto y un objeto de Derecho, una persona y una cosa. Pues bien: el instituto de la propiedad -«la relación jurídica real *por excelencia*, a la que se refiere toda la distinción» [125]- no consiste, indica Kelsen, en una relación entre hombre y cosa, sino en una «relación entre hombre y hombre, [una] relación de exclusión de todos los demás de una esfera de intereses garantizada de esta forma a uno sólo» [126]. Si la doctrina jurídica conserva la noción de relación jurídica real y sigue entendiendo la propiedad en términos de una relación de este género, ello se debe enteramente a motivos de enmascaramiento ideológico: a saber, que «la definición de la propiedad como relación entre persona y cosa oculta la función económicamente decisiva de la propiedad, la función de la explotación» [127]. Pasukanis, que acepta el concepto de relación jurídica real al recurrir, para explicar la propiedad, a la «historia prejurídica», el «principio organito o naturalístico de la apropiación privada», no hace así sino entregarse «de forma completamente acrítica a una de las más peligrosas doctrinas jurídicas burguesas» [128].

11.3.3. Un último dualismo característico de la «tendencia ideológica» de la jurisprudencia burguesa y asumido en la obra de Pasukanis es el que distingue entre Estado y Derecho. El entendimiento del Estado como entidad distinta del ordenamiento jurídico cumple, según Kelsen, la función ideológica de posibilitar que «el Derecho pueda justificar al Estado que genera este Derecho y que se somete a él». Pues «el Derecho puede justificar al Estado sólo si aquél se entiende como un ordenamiento distinto en su esencia del Estado, opuesto a su naturaleza originaria, el poder, y por ello como un ordenamiento en cierto sentido *justo*» [129]. Si por el contrario, como postula la teoría pura, se identifican Derecho y Estado, definiendo éste como ordenamiento social coactivo, la posibilidad de legitimar el Estado por medio del Derecho -«la ideología de la legitimación hoy más eficaz» [130]- se desvanece. Por lo demás, el mantenimiento de la distinción entre Estado y Derecho, combinada con la definición del Derecho como forma del inter-

124 *T.G.D. e m.s.*, p. 129.

125 *Id.*, p. 124.

126 *Id.*, p. 159.

127 *Id.*, p. 124-125.

128 *Id.*, p. 161.

129 *Id.*, p. 168.

130 *Id.*, p. 171.

cambio mercantil produce consecuencias que desde la perspectiva del marxismo no pueden calificarse sino de disparatadas: «el marxista que acepta acríticamente esta construcción dualista deberá distinguir el poder como organización del dominio de clase del poder como garante del intercambio mercantil, como si la organización del dominio de clase no se mantuviera precisamente a través de la garantía del intercambio mercantil» [131].

11 .3.4. La concepción del Derecho penal de Pasukanis es probablemente el componente más artificioso de su teoría jurídica. Dicha concepción es el resultado de tratar de amoldar al Derecho penal -al que Pasukanis no se atreve a negar carácter jurídico- la definición del Derecho como forma del intercambio mercantil. Desde esa premisa, Pasukanis no puede entender el Derecho penal más que, en términos retribucionistas, como un «intercambio de culpa y pena». Al hacerlo así, el jurista soviético identifica, una vez mas, «el Derecho objetivo-real con una teoría ideológico-subjetiva del Derecho» [132]. Teoría ideológica, además, propia de «los más reaccionarios teóricos burgueses» [133] y ya abandonada por la generalidad de éstos en beneficio de la teoría de la prevención.

11.4. La contraposición entre «norma jurídica» y «regla técnica» es de gran importancia en la teoría de Pasukanis y, en particular, en la forma como en ella se presenta la tesis de la extinción del Derecho en la sociedad socialista plenamente desarrollada. La diferencia entre ambos tipos de reglas la sitúa Pasukanis en lo siguiente: mientras que la norma jurídica tiene como presupuesto fundamental el antagonismo de intereses privados, la reglamentación técnica presupone la unidad de fines. De esta forma, mientras que, por ejemplo, las normas que regulan la responsabilidad de los ferrocarriles son normas jurídicas, porque «presuponen exigencias privadas, intereses privados diferenciados», las disposiciones relativas al tráfico de los mismos son reglas técnicas en cuanto «presuponen un fin unívoco que no es más que la consecución de la máxima capacidad de transporte» [134]. Es importante advertir que la nota de la coactividad es irrelevante para la distinción entre «norma jurídica» y «regla técnica»: así, por ejemplo, la relación médico/enfermo supone cierta constricción con respecto al enfermo, pero dado que «esta constricción es considerada desde el punto de vista de un mismo fin (idéntico para quien la ejercita y para quien la padece) no es más que un acto que tiene una finalidad técnica y nada más» [135].

La distinción así diseñada permite a Pasukanis admitir la persistencia de reglas coactivas en la sociedad socialista y negar, al tiempo, que tales reglas coactivas tengan carácter jurídico: pues la sociedad socialista se caracteriza, precisamente, por la desaparición de los antagonismos de intereses entre los hombres y por la comunidad de fines de todos ellos.

131 *Id.*, p. 172-173.

132 *Id.*, p. 112.

133 *Id.*

134 *Teoría general del Derecho y marxismo,* cit., p. 67.

135 *Id.*

La crítica de Kelsen se desarrolla, aquí, a un doble nivel. En primer lugar, señala que la presuposición de una unidad de fin entre quien ejercita la coacción y quien la sufre «es una ficción evidente» que «puede significar sólo que la sociedad comunista, al ejercer compulsión contra un miembro recalcitrante, lo hace en el verdadero interés de ese miembro, aunque éste no lo comprenda y deba por tanto ser compelido» [136]; esta ficción legitimante no es, por otra parte, precisamente novedosa: «una escuela ideológica de jurisprudencia burguesa sostiene exactamente lo mismo con respecto al castigo del delincuente por un órgano del Estado capitalista» [137]. En segundo lugar, la propia oposición entre ordenamiento jurídico y reglamentación técnica carece de sentido «porque el Derecho, si no se lo mira a través de los cristales de color de una ideología burguesa o proletaria, capitalista o socialista, es por su propia naturaleza una técnica, una técnica social específica» [138].

12

Vysinskij

La construcción de Pasukanis, con su ignorancia del momento normativo del Derecho y su reducción de éste a las relaciones burguesas de intercambio, no era apta para representar, en el plano de la teoría jurídica, el punto de vista de un poder soviético consolidado que, en los hechos, estaba lejos de considerarse a sí mismo como un fenómeno transitorio de breve duración. Un poder soviético con vocación de afirmación y de permanencia exigía -escribe Kelsen- «una teoría jurídica que reconociera la autoridad del Estado soviético, lo cual significa el carácter normativo, la fuerza obligatoria de su Derecho, así como un orden jurídico específicamente socialista, y no un mero vestigio del Derecho burgués» [139]: en definitiva, una teoría normativa del Derecho que entendiera éste como un instrumento adecuado para moldear las relaciones sociales de acuerdo con la voluntad de sus edictores.

La teoría de Vysinskij había de ser la respuesta a esta exigencia. Y ello explica, en buena medida, la actitud de Kelsen frente a la misma, que viene a ser justamente el reverso de la adoptada frente a Pasukanis. El hecho de que el normativismo de Vysinskij obedeciera, no a intereses de conocimiento del Derecho, sino a espurias razones políticas, así como la personalidad general del fiscal de Stalin, irritan visible y profundamente a Kelsen; mas, de otro lado, ese mismo normativismo vysinskijiano se encuentra -y esto, a su vez, suscita una evidente incomodidad en Kelsen- muy próximo a su propia concepción del Derecho. Si en el tratamiento dispensado a Pasukanis se combinan el reconocimiento de su talento y de la importancia de su

136 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* pp. 151-152). En términos casi idénticos, *T.G.D. e m.s..* pp. 94-95.

137 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 152).

138 *Id.,* p. 152. De nuevo en términos casi idénticos *TGD e m.s.,* p. 95.

139 *Id.,* p. 159.

obra con el desacuerdo y la crítica radicales de todos los puntos capitales de la misma, en el examen de Vysinskij la máxima aversión personal se da la mano con el acuerdo de fondo con sus posiciones -a las que sólo se reprocha su defectuosa formulación- en la determinación del más básico de los conceptos jurídicos.

Las críticas de Kelsen a Vysinskij -dejando momentáneamente al margen las relaciones con la definición de «Derecho»- son de tres tipos. En primer lugar, críticas a la sumisión tanto personal como intelectual de Vysinskij a los dictados stalinianos: a propósito, por ejemplo, del *estilo literario* de Vysinskij escribe Kelsen lo siguiente: «un servilismo repugnante hacia el entonces dictador, una postración intelectual que supera las peores formas del bizantinismo, son rasgos característicos de esta ciencia jurídica, cuya mayor ambición es ser una sumisa servidora del gobierno» [140]. En segundo lugar, críticas a la atribución, por parte de Vysinskij, de una *función* normativa a la teoría del Derecho. Vysinskij -hace notar Kelsen- no concibe la ciencia jurídica como limitada a la simple descripción del Derecho, sino que le adjudica también la tarea de suministrar criterios para el establecimiento de contenidos normativos: «la 'teoría del Derecho' en que piensa Vysinskij no es, sin duda, una teoría del Derecho positivo [...]. Según Vysinskij, la 'teoría jurídica' es el 'sistema de principios jurídicos' sobre cuya base habrá de establecerse el Derecho positivo del Estado socialista» [141]. En tercer lugar, críticas al carácter antimarxista del normativismo de Vysinskij y a su determinación por razones políticas: «Vysinskij llega hasta rechazar la parte de las teorías de aquellos [Stucka y Pasukanis] que era el resultado de la más ortodoxa sumisión al marxismo, o sea, la interpretación económica del Derecho, la reducción del Derecho a la economía» [142]; «no puede caber la más mínima duda de que la interpretación hecha por Pasukanis del Derecho soviético como Derecho burgués asimilado y adaptado, estaba en completo acuerdo con la doctrina de Marx» [143]; si Vysinskij insiste en «el carácter específico del Derecho como conjunto de reglas de conducta» y niega que el Derecho soviético tenga carácter de Derecho burgués, ello se debe simplemente a que «por razones políticas esta opinión no es ya aceptable para el gobierno soviético» [144].

Ninguna de estas críticas -a pesar del tono de extrema dureza con el que está redactada- tiene por sí misma particular relevancia teórica: no la tiene, desde luego, al menos desde el punto de vista de Kelsen (otra cosa es, naturalmente, desde el de Vysinskij) la acusación de antimarxismo; en cuanto al considerar a la ciencia jurídica como normativa en cuanto a su función, se trata de una mera particularización de un rasgo característico del conjunto de la tradición marxista, y no sólo de Vysinskij: la no separación entre

140 *Id.*, p. 179.

141 *Id.*, pp. 170-171.

142 *Id.*, *p.* 175.

143 *Id.*, p. 176.

144 *Id.*, p. 177.

ciencia y política y la consiguiente ubicación del establecimiento de fines dentro del dominio de la ciencia; finalmente, por lo que hace a los móviles políticos de la teoría de Vysinskij, es sabido que la génesis de una teoría es asunto independiente del de su valor como tal teoría. Y así parece, por lo demás, aceptarlo Kelsen: pues cuando aborda el núcleo central de la teoría de Vysinskij -su definición de «Derecho»- atendiendo no a sus determinantes externos, sino a su pertinencia conceptual, sus críticas versan solamente sobre algunos defectos en la formulación de tal definición, pero no sobre el fondo de la misma. La definición de «Derecho» de Vysinskij -adoptada a propuesta suya por el Instituto de Derecho de la Academia de Ciencias soviéticas- es la siguiente: «El Derecho es el conjunto de reglas de conducta que expresan la voluntad de la clase dominante, establecidas en orden jurídico, así como de las costumbres y reglas de vida de la comunidad confirmadas por la autoridad del Estado, cuya aplicación está garantizada por la fuerza coactiva del Estado a fin de proteger, asegurar y desarrollar las relaciones y disposiciones sociales ventajosas y convenientes a la clase dominante» [145]. Las críticas de Kelsen a esta farragosa definición vienen a ser las siguientes: observa que, en su conjunto, «juzgada desde un punto de vista puramente lógico, causa la impresión de diletantismo»; que hay en ella tautologías tales como 'el Derecho es el conjunto de reglas (...) establecidas en orden jurídico', «pues con conjunto de reglas es un orden y orden jurídico es sólo otro nombre del Derecho»; pleonasmos, tales como: a) agregar a las 'reglas de conducta' las 'costumbres y reglas de vida de la comunidad confirmadas por la autoridad del Estado', «porque las 'costumbres' son reglas consuetudinarias y -lo mismo que las 'reglas de vida de la comunidad'- con reglas de conducta»; b) añadir al carácter de 'confirmadas por la autoridad del Estado', 'garantizadas por la fuerza coactiva del Estado', «lo cual significa exactamente lo mismo»; c) hablar de 'proteger, asegurar («que es lo mismo que proteger») y desarrollar las relaciones y disposiciones ventajosas y convenientes («si son ventajosas son convenientes») a la clase dominante' [146]. Como puede verse, ninguna de estas críticas es propiamente sustantiva: bien al contrario, parece como si Kelsen hubiera procedido a redactarla con la precisa intención de suministrar una plena justificación para que alguien, veintitrés años más tarde, pudiera escribir que la definición de Derecho de Vysinskij «podría firmarla Kelsen, sin más sustitución que la de 'clase' por 'grupo', para salvar el alma, y la eliminación de algunas redundancias» [147].

145 A. Y. Vysinskij: *Las tareas fundamentales de la ciencia del Derecho socialista soviético* (1983) (se cita por la trad. inglesa, a la que también se remite Kelsen, de Hugh W. Babb -*The fundamental tasks of the Science of Soviet Socialist Law*- recogida en la antología de J. N. Hazard: *Soviet Legal Philosophy,* cit., p. 336. Esta definición había sido adoptada con anterioridad por el Instituto de Derecho de la Academia de Ciencias, a propuesta de Vysinskij.

146 *La teoría comunista del Derecho (T.c.D.E.,* p. 182).

147 J. R. Capella: *Derecho, política y poder social en el socialismo,* prólogo a P. I. Stucka: *La función revolucionaria del Derecho y del Estado,* cit., p. 13.

13

Algunas críticas a la crítica de Kelsen

En un trabajo reciente, U. Scarpelli ha escrito que, tras medio siglo de crítica a la teoría pura, lo que de verdaderamente importante queda de ella es «la propuesta de una teoría capaz de operar como estructura de base para la racionalización de la praxis en la jurisprudencia teórica y en la jurisprudencia práctica» [148]. Sobre la lectura por un jurista de los trabajos kelsenianos de crítica del marxismo gravita, creo, decisivamente la importancia capital que ha tenido la teoría pura para hacer avanzar el análisis de los conceptos básicos del Derecho y la comprensión de la estructura y la dinámica del ordenamiento jurídico. En este campo temático -que es el propio de la perspectiva del jurista- las aportaciones que desde la tradición marxista hayan podido hacerse aparecen inevitablemente, confrontadas con las de la teoría pura, como nimiedades. Nimiedades que, además, se presentan, en muchos casos, prisioneros de aparatos conceptuales que la ciencia jurídica actual ha dejado de lado precisamente como pre-kelsenianos.

Si la teoría jurídica relevante en la actualidad es decididamente post-kelseniana (en el sentido, como decía J. R. Capella, de que si vemos más lejos que él es porque estamos montados sobre sus hombros) [149] la cultura filosófica hoy predominante se encuentra también más cerca de los presupuestos de Kelsen que de los del marxismo (al menos en su versión clásica): en el sentido de que la reflexión filosófica que hoy cuenta es deudora en mucha mayor medida -por decirlo un tanto sumariamente- de las tradiciones que se remontan a Hume y a Kant que de la inaugurada por Hegel.

Aún desde los límites que vienen marcados por esta doble perspectiva -postkelsenismo en la teoría del Derecho, orientación filosófica vinculada a las tradiciones de Hume y Kant- caben, a mi juicio, diversas críticas a la crítica kelseniana del marxismo. Algunas de ellas afecta a aspectos de la interpretación kelseniana de la doctrina criticada; otras, a ciertas inconsistencias que exhibe la crítica kelseniana en relación con postulados epistemológicos y metodológicos claves en la obra del propio Kelsen; otras, en fin, a algunas debilidades sustantivas que presenta la aproximación a determinados problemas por parte de Kelsen.

No entro a considerar aquí la eventual fecundidad que pudiera tener -para el examen crítico de los trabajos de Kelsen sobre el marxismo- la adopción de perspectivas mas externas, esto es, sustentadas en presupuestos más distantes de los del propio Kelsen.

13.1. No cabe duda, a mi juicio, de que la interpretación kelseniana de la concepción ética de Marx en términos naturalistas tiene un sólido fundamento en la obra de Marx. Son numerosos los textos de éste en los que, en efecto, el deber ser de nuevas formas de organización social (el socialismo

148 U. Scarpelli: *La crítica analítica a Kelsen,* en AAVV *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento,* Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1983, p. 75.

149 J. R. Capella, *Homenaje a Hans Kelsen,* en *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado,* Fontanella, Barcelona, 1976, p. 192.

y el comunismo) no tiene más apoyatura que su proclamada inevitabilidad: el socialismo y el comunismo deben ser simplemente porque serán. Tampoco cabe duda de que esta reducción de los valores al plano de la facticidad ha sido predominante en la tradición marxista: piénsese en un Kautsky, un Plejánov o un Lenin. En todos ellos, el deber se presenta como deducido de la necesidad; la valoración moral no tiene otro fundamento que el conocimiento de pretendidas leyes históricas, al que se añade, como mucho, un utilitarismo bastante crudo. Incluso hoy asombra ver cómo algunos marxistas, pretendiendo criticar a Kelsen al respecto, se limitan a volver a enunciar aquello que Kelsen critica, sin suministrar argumento alguno que permita poner en cuestión la pertinencia de la crítica kelseniana. Tal es el caso, por ejemplo, de F. Russo cuando escribe: «lo que a Kelsen le parece un sincretismo metodológico -el hecho de que la descripción de la sociedad sea inmediatamente propuesta ético-política- es el fruto, por el contrario, del análisis de los fundamentos de la realidad capitalista» [150]. Cómo pueda derivarse una propuesta ético-política de la descripción o el análisis de realidad alguna es algo que, naturalmente, Russo no explica. Como tampoco lo hace A. Pfabigan, quien se limita al expediente de apelar a las virtualidades -tampoco explicadas- del «método dialéctico». Escribe así Pfabigan: «opina Kelsen que al político que quiera saber qué debe hacer, sólo puede darle el marxismo una respuesta en extremo insatisfactoria, diciéndolo lo que será. Un marxismo de tal jaez, en efecto, se vería enfrentado al problema de justificarse como teoría política. Más en virtud de su método dialéctico, el marxismo no necesita semejante legitimación» [151]. Todo un prodigio -como puede verse- de escamoteo de la argumentación en beneficio de la petición de principio.

No obstante todo ello, hay también que subrayar que no todos aquellos que se han considerado a sí mismo insertos en la tradición marxista han aceptado una concepción naturalista de la ética. Limitándonos a corrientes particularmente próximas al universo cultural de Kelsen, no fueron, desde luego, naturalistas en ética quienes -partiendo, bien del neokantismo, bien del marxismo- preconizaron completamente a Marx con Kant: en el sentido de considerar el materialismo histórico como un discurso *en indicativo* dirigido al conocimiento de la dinámica de la realidad social que debía ser completado (y de ahí el recurso a Kant) con un discurso ético-normativo que fundamentase el socialismo como programa, esto es, como objetivo valioso. Es, a mi juicio, absolutamente sorprendente que Kelsen no haya considerado necesario, en ninguna de sus obras sobre el marxismo, echar las cuentas con este, según los casos, *kantismo marxistizado o marxismo kantianizado* [152],

150 F. Russo: *Kelsen e il marxismo. Democrazia politica o socialismo,* La Nuova Italia, Florencia, 1976, p. 31. Sobre este libro de Russo véase la durísima crítica de I. Villarolo, publicada con el título de *Né Kelsen né il marxismo,* en «Politica del Diritto», n.º 4, 1977, pp. 471-475.

151 A. Pfabigan: *La polémica entre Hans Kelsen y Marx Adler sobre la teoría marxista del Estado,* en AAVV: *Teoría pura del Derecho y teoría marxista del Derecho,* cit., p. 84.

152 Los textos más significativos de esta corriente se encuentran en trad. castellana en la antología preparada por V. Zapatero: *Socialismo y ética: textos para un debate,* Pluma-Debate, Bogotá-Madrid, 1980.

sobre todo si se tiene en cuenta que estos intentos de unión entre Kant y Marx procedieron de medios intelectuales muy próximos a aquéllos en los que estuvo inmerso el primer Kelsen.

13.2 Aún sin entrar en la -entre los marxistas- disputadísima cuestión de cuáles son los elementos hegelianos que pueden considerarse incorporados al marxismo, no parece -en mi opinión- que pueda sostenerse sin más, como hace Kelsen, que Marx adoptara la identificación hegeliana entre razón y realidad al menos en el sentido de pensar que un proceso caracterizado por la existencia de conflicto entre sus elementos integrantes constituye una contradicción lógica. Aunque ciertamente ni Marx ni los marxistas han mostrado en general mucha sensibilidad hacia la distinción entre mundo y lenguaje, no creo que pueda achacárseles el que cuando aluden a un conflicto (o, en su terminología, a una 'contradicción') entre clases sociales crean estar expresando una contradicción lógica. Ciertamente, puede reprocharse a los marxistas -como lo hace Popper- el que «gusten usar el término 'contradicción', allí donde sería menos engañoso usar términos como 'conflicto', 'tendencia opuesta', 'interés opuesto', etc.» [153]. Pero este reproche no es, en sí mismo, especialmente importante: cada cual usa los términos con la carga de significado que él mismo les asigna y, por otra parte, es frecuente en el lenguaje común el uso del término 'contradicción' con significados extralógicos: a nadie le causaría extrañeza que yo hablara, por ejemplo, de la existencia de una contradicción entre mi tendencia a la pereza y mi deseo de terminar este artículo. Si cabe enjuiciar negativamente el uso por parte de los marxistas, en contextos extralógicos, de términos que tienen «significados lógicos claros y bien definidos» ello obedece sólo a razones pragmáticas: a que este uso, como dice el mismo Popper, «ha contribuido considerablemente a la confusión de lógica y dialéctica que tan a menudo aparece en las discusiones de los dialécticos» [154].

13.3 En opinión de R., Guastini, las obras kelsenianas de crítica del marxismo estarían lastradas por un cierto esencialismo lingüístico que residiría en el presupuesto -implícitamente operante, según Guastini, en estos textos de Kelsen- de que los términos capitales empleados en cualquier teoría del Derecho tendrían siempre la carga de significado atribuida a los mismos por la teoría pura. Este esencialismo implícito llevaría a Kelsen, siempre según Guastini, a una comprensión en buena medida distorsionada de los textos marxistas: pues, en su lectura de los mismos, tendería a «atribuir a las palabras significados no extraídos del contexto, sino importados de un lenguaje extratextual ya codificado (el lenguaje de la teoría pura del Derecho)»; se explicaría así que Kelsen «de la identidad de un lexema infiera acríticamente la identidad de un concepto» y que, por ello, «no perciba casi nunca las oscilaciones léxicas e indeterminaciones semánticas» [155] presentes en las obras de los marxistas. Ejemplos de todo ello serían a juicio de Guastini, los siguientes: a) el entendimiento por parte de Kelsen del sintagma 'dicta-

153 K. R. Popper: *¿Qué es la dialéctica?,* en *Conjeturas y refutaciones,* cit., p. 386.

154 *Id.*

155 R. Guastini: *La dottrina pura del diritto e il marxismo,* cit.. pp. 146-147.

dura democrática' como necesariamente autocontradictorio, siendo así que, en alguno de los sentidos atribuidos por los marxistas al término 'dictadura' hablar de 'dictadura democrática' no implica caer en autocontradicción [156]; b) las críticas kelsenianas a los usos del término 'democracia' en los marxistas: «Kelsen -escribe Guastini- no percibe las ambigüedades semánticas y pragmáticas en los usos marxistas del vocablo 'democracia': Para él, 'democracia' no designa más que una forma de Estado, es decir, un particular modo o método, o procedimiento de creación del Derecho» [157]; c) el dato de que «frente a un enunciado que permite ser interpretado alternativamente o como proposición empírica, o como definición (estipulativa) Kelsen escoge, sin mayor análisis, la segunda alternativa» [158]: tal es el caso de la tesis marxista acerca del Estado como organización del dominio de clase, que Kelsen interpretaría no como tesis de carácter empírico (de generalización inductiva) sino como proposición analítica [159].

En mi opinión, la crítica de Guastini es desacertada en relación con los tres ejemplos por él suministrados: a) no es cierto que Kelsen entienda el sintagma 'dictadura democrática' como necesariamente autocontradictorio: ya vimos en el § 7 cómo Kelsen subrayaba precisamente que «la conciliabilidad de la 'dictadura' en el sentido del uso lingüístico marx-engelsiano con la 'democracia' no puede ponerse en duda» [160]; b) respecto a las críticas kelsenianas a los usos del término 'democracia' en los marxistas (y muy señaladamente en Lenin), el núcleo de las mismas se halla, en mi opinión, -como ya vimos en el § 2.2.2.-en poner de relieve cómo los desplazamientos de significado operados por los marxistas al respecto obedecen al propósito de aprovechar el prestigio del término 'democracia' -prestigio que proviene de designar en el uso común un determinado método de creación del orden jurídico- para legitimar contenidos normativos cuyo procedimiento de creación ha sido distinto del democrático: es decir, lo que Kelsen reprocha a los marxistas es que su desplazamiento del significado usual de 'democracia' no tenga más razón de ser que la de utilizar *pro domo sua* la emotividad favorable que este término suscita; c) por lo que hace a la tesis acerca del Estado como garante de la opresión de clase, ya vimos ampliamente en el § 5 que Kelsen aborda la cuestión distinguiendo precisamente las dos alternativas de las que habla Guastini y adoptando una posición diferenciada respecto de cada una de ellas: si dicha tesis se interpreta como proposición empírica, Kelsen -como vimos- se muestra parcialmente de acuerdo con ella; si, por el contrario, se entiende como definición del término 'Estado', el desacuerdo kelseniano es radical: pues Kelsen rechaza que pueda ser conceptualmente adecuada cualquier definición de 'Estado' en términos funcionales.

Ello no obstante, sí hay, en mi opinión, en los escritos de Kelsen -aunque no donde lo quiere ver Guastini- tanto rastros de esencialismo

156 *Id.*, p. 146.

157 *Id.*, p. 167.

158 *Id.*, p. 147.

159 Id., pp. 163-164.

160 *S. y E.*, p. 320.

en general, como, más en particular, momentos de críticas injustificadas al marxismo originadas por la proyección sobre él de las cargas de significado atribuidas a determinados términos por la teoría pura. Ejemplo de lo primero sería la negativa -de la que acabamos de ocuparnos en el § 13.2.- a admitir posibles significados extralógicos del término 'contradicción'; de lo segundo, la crítica -que examinamos en el § 8.2.2.- al concepto de «Derecho revolucionario» como concepto autocontradictorio. Pues, en efecto, 'Derecho revolucionario' es una expresión autocontradictoria sólo si 'revolución' se entiende en sentido jurídico, esto es, como quiebra de la continuidad del ordenamiento, como cambio de norma básica. Si, por el contrario, el término 'revolución' se entiende -como sin duda lo entendía los marxistas que hablaban de 'Derecho revolucionario'- en sentido extrajurídico (aludiendo por ejemplo, a transformaciones profundas en las relaciones económicas y sociales) entonces la expresión 'Derecho revolucionario' no encierra, obviamente, autocontradicción alguna.

13.4. También el *approach* al Derecho propio de la teoría pura opera en algún caso, a mi juicio, como filtro deformador de la comprensión kelseniana de las posiciones marxistas: pienso especialmente en las críticas formuladas a la presencia de determinados dualismos en la teoría jurídica de Pasukanis. (cfr. § ll .3). Kelsen, en efecto, no parece apercibirse de que la obra de Pasukanis trata de hacer frente un orden de problemas distinto de aquel al que responde la teoría pura: el jurista soviético no trata de construir un marco conceptual que posibilite la descripción libre de contradicciones de la estructura y de la dinámica del sistema jurídico como conjunto de normas válidas, sino que persigue más bien la elaboración de una teoría social del Derecho dirigida a la comprensión de la génesis histórico-económica y de las funciones sociales de lo jurídico [161]. Desde esta perspectiva, dualismos justamente criticados por Kelsen desde la óptica de un enfoque normativo, parecen requerir un tratamiento diferente: así, por ejemplo, si el derecho subjetivo puede y debe ser reconducido al Derecho objetivo desde el punto de vista de la fundamentación normativa, trasladar sin más esta misma reconducción al punto de vista de la génesis causal es probablemente disparatado: en este terreno, lo *originario* y lo *derivado* podrían ocupar en muchos casos (pensemos, por ejemplo, en la propiedad privada) posiciones justamente inversas a la que le son asignadas en el enfoque normativo. Análogamente, si para una teoría normativa puede ser fructífero identificar Estado y Derecho y considerar a aquél como una mera expresión hipostática para designar el conjunto del ordenamiento jurídico, esta misma identificación parece francamente descabellada si se traslada al plano de la descripción del funcionamiento real de los apartados estatales: pues traería como consecuencia que las actuaciones normativamente irregulares de esos aparatos estatales constituyeran un fenómeno literalmente impensable para el científico social.

13.5. Al margen de lo anterior, hay al menos dos puntos en los que cabe observar en Kelsen un evidente déficit de comprensión de las doctrinas

161 Sobre la diferencia de perspectiva entre Kelsen y Pasukanis, cfr. Norbert Reich: *Hans Kelsen y Evgeni Pasukanis* en *Teoría pura del Derecho y teoría marxista del Derecho,* cit.. pp. 21 y ss.

marxistas. El primero de ellos se refiere a su entendimiento del materialismo histórico en términos de «interpretación económica de la sociedad» (cfr., por ejemplo, § 7.1.). Kelsen atribuye al marxismo una concepción según la cual en el nivel económico se alojaría la *causa* exclusiva (o, si se quiere, la *esencia)* de los procesos sociales, en tanto que los demás niveles de la estructura social (en la terminología marxista, la diversas superestructuras) constituirían meros *efectos* (o *fenómenos)* determinados por aquélla. Pues bien: no parece, desde luego, que tengan un contenido positivo preciso las fórmulas habitualmente empleadas por los marxistas al respecto, tales como las que aluden a la «autonomía relativa de las superestructuras» o a la «acción recíproca entre infraestructura y superestructuras»: lo así positivamente afirmado se resuelve en poco más que la trivialidad de que, en la sociedad, todo influye sobre todo, si bien la influencia de la economía es especialmente importante. Ello no obstante, estas fórmulas sí tienen un preciso alcance negativo: y éste es cabalmente el de excluir que la concepción materialista de la historia constituya una «interpretación económica de la sociedad» del tipo que Kelsen cree ver en ella.

Un segundo caso de clara incomprensión por parte de Kelsen afecta a las posiciones marxistas respecto a la relación entre Derecho igual y situaciones sociales desiguales. Kelsen parece pensar (cfr. § 10) que la opinión de los marxistas al respecto es que la teoría burguesa del Derecho presenta el Derecho burgués como un Derecho igual, siendo así que -a juicio de los marxistas- este Derecho sería un Derecho desigual, caracterizado por sancionar ventajas para las clases más favorecidas. La tesis sostenida por los marxistas -y repetida por ellos una y otra vez desde los pasajes clásicos de la *Crítica del programa de Gotha* de Marx hasta, pongamos por caso, los trabajos de U. Cerroni [162] -es, sin embargo, bien distinta: lo que los marxistas afirman es más bien que el Derecho burgués, precisamente en tanto que efectivamente es «Derecho formalmente igual», genera necesariamente desigual social, al otorgar un tratamiento formalmente igual a individuos socialmente ubicados en posiciones desiguales.

13.6. La obra de Kelsen sobre el marxismo presenta dos momentos de inconsistencia con postulados capitales de la metaética y de la teoría de la ciencia jurídica kelsenianas.

El primero afecta a la crítica al ideal de una sociedad anárquica: tal sociedad es, nos dice Kelsen, irrealizable (cfr. § 6.2.2.). Pero esta crítica, si asumimos la particularmente fuerte versión de la «gran división» que Kelsen hace suya, es por completo impertinente: pues nada perteneciente a la facticidad puede ser aducido en pro o en contra de un valor. El propio Kelsen, en un momento de mayor fidelidad a sus presupuestos metaéticos, escribe que «así como hay algo que sigue estando lleno de valor y sigue siendo digno de ser perseguido, *aun cuando su realización deba manifestarse imposible,* así también es indiferente -para el valor y la precisión de un fin- que su realización se presente como inevitable» [163]. Por otro lado, la crítica

162 Cfr., por ejemplo, U. Cerroni: Conocimiento científico y Derecho, en Introducción a la ciencia de la sociedad, Grijalbo, Barcelona, 1977, pp. 146 y ss.

163 S. y E., p. 180 (el subrayado es mío).

al comunismo anárquico como ideal irrealizable nos muestra a un Kelsen al que -por incompatible que resulte con su rechazo radical de todo tipo de iusnaturalismo- cabría calificar de *iusnaturalista mínimo:* pues si bien la apelación a la naturaleza humana no permitiría justificar ningún contenido normativo determinado, la propia existencia de un ordenamiento coactivo sí encontraría su justificación en esa misma naturaleza.

Una segunda inconsistencia se presenta en relación con el análisis kelseniano del régimen soviético presidido por la constitución staliniana de 1936 (cfr. § 2.2.2). Este análisis concluye en la afirmación del carácter no democrático, sino despótico, del sistema de poder soviético; pero para poder llegar a esta razonable conclusión Kelsen ha debido ir más allá de la descripción de los preceptos constitucionales y penetrar en el funcionamiento efectivo del régimen staliniano: ha debido, pues, incurrir en un sincretismo metodológico prohibido por su teoría de la ciencia jurídica.

La puesta de relieve de estas inconsistencias no debe llevarnos, en mi opinión, a rechazar la crítica kelseniana al ideal anárquico ni, obviamente, su caracterización del Estado soviético como autocrático; lo que habría más bien que poner en cuestión es, por un lado, una concepción de la ciencia jurídica cuya aplicación estricta conduciría al dislate de considerar que la Unión Soviética stalinista estaba democráticamente gobernada y, por otro, la rigidez que la «gran división» tiene en Kelsen: pues, en efecto, para que un proyecto práctico pueda ser considerado valioso parece razonable situar como precondición que sea realizable, esto es, compatible con los datos factuales disponibles [164].

13.7. Se ha señalado con frecuencia que el tratamiento dispensado al problema de la ideología constituye el aspecto más endeble de la crítica kelseniana al marxismo [165]. En mi opinión debe prestarse especial atención, a este propósito, a dos aspectos de la concepción kelseniana de la ideología: a) la completa ausencia de cualquier dimensión social-objetiva en la génesis de la ideología. Para Kelsen, la deformación ideológica tiene su origen en la interferencia de intereses o valoraciones subjetivas que distorsionan la representación del objeto de conocimiento; la matriz de la ideología es, pues, la presencia en la voluntad de un interés distinto del de conocer la verdad [166]: la limpieza de la voluntad de todo interés distinto del de conocer asegura, así, la eliminación de la ideología. En este punto, me parece claro que las tesis marxistas sobre la determinación social de la ideología, sobre su origen

164 De distinta opinión es R. Guastini, quien considera que la única vía de crítica pertinente a los proyectos prácticos sería la propiamente valorativa (Cfr. *La dottrina pura del diritto e il marxismo,* cit., pp. 170 y ss.

165 Cfr., entre otros, F. Riccobono: *Introduzione a TGD e m.s,* cit.; P. Romer: *La teoría pura del Derecho, de Hans Kelsen, como ideología y como crítica de la ideología,* publicado como apéndice a *Esencia y valor de la democracia,* cit.; L. Tadic: *Kelsen et Marx. Contribution au problème de l'idéologie dans «la théorie pure du Droit» et dans le marxisme,* en A. Ph. D., n.º 12: *Marx et le Droit moderne,* 1967.

166 «La ideología -leemos en la 2.ª ed. de la *Reine Rechtslenre-* encubre la realidad en cuanto, *con el propósito* de conservarla, defenderla, la transfigura, o, *con el propósito* de atacarla, destruirla o reemplazarla por otra, la desfigura» *(Teoría pura del Derecho,* trad. de R. J. Velnengo, UNAM, México, 1982, p. 122; los subrayados son míos).

en el tejido objetivo de las relaciones sociales, han influido sobre las ciencias sociales contemporáneas -en particular, sobre la sociología del conocimiento- de forma más decisiva y también más fecunda que el -a este respecto- sumario y un tanto ingenuo enfoque kelseniano; b) la reducción de la ideología al ámbito del discurso descriptivo. Según hemos visto en el § 8.2.1. sólo en el lenguaje descriptivo cabe, en opinión de Kelsen, la deformación ideológica: pues si la falsedad es un elemento definitorio del concepto de «ideología», sólo podrán ser «ideológicos» los enunciados descriptivos, pero no aquellos otros cuyo significado es un juicio de valor, una norma o un mandato: de ahí que, en relación con el universo jurídico, «ideológico» sea un predicado que sólo puede ser aplicado con sentido a las teorías jurídicas (constituidas por enunciados descriptivos de normas) pero no al Derecho mismo (constituido por normas). A mi modo de ver, Kelsen plantea aquí un problema importante: ¿cómo podemos afirmar que la *falsedad* es un elemento constitutivo del concepto de «ideología» y al mismo tiempo predicar el carácter «ideológico» de sistemas de valores o de normas? ¿Es preciso que, para poder cohonestar ambas afirmaciones, atribuyamos valor veritativo a los valores y a las normas? El enfoque kelseniano conduce inexorablemente a una respuesta positiva: tan sólo podríamos decir que determinados valores o normas son *ideológicos* si entendemos que tales valores o normas son *falsos* (y, en consecuencia, que hay otros valores o normas que son *verdaderos*). En mi opinión, sin embargo, no es necesario atribuir valor veritativo a valores y normas para poder predicar con sentido el carácter ideológico de los mismos: basta con que la falsedad connotada por el concepto de ideología la entendamos referida, no a los propios valores y/o normas, sino a los efectos de los mismos sobre las representaciones que de la realidad se hacen los que participan de los valores y/o se encuentran sometidos a las normas en cuestión. En este sentido, diríamos que el carácter ideológico del Derecho reside, no en que sus normas sean falsas, sino en que estas mismas normas provocan en los a ellas sometidos una representación falsa de las relaciones sociales: así podríamos sostener que instituciones tales como el contrato o el salario provocan que relaciones sociales en las que los hombres entran necesaria y desigualitariamente aparezcan, para estos mismos hombres, como relaciones presididas por la libertad y la igualdad entre las partes. Así reformulada, la tesis marxista sobre el carácter ideológico del Derecho permite, a mi juicio, una más cabal comprensión del Derecho como técnica social que la posibilitada por el enfoque kelseniano: pues si -como hace Kelsen- se excluye al Derecho de la producción de ideología, el orden jurídico sólo puede ser pensado en su dimensión de técnica coactiva [167] y queda por completo bloqueada la posibilidad de encarar su no menos importante dimensión de técnica de legitimación y de generación de consenso.

[167] Cfr. sobre ello, F. Riccobono: *op. cit.*, p. 25.

SOBRE ALGUNOS CRITERIOS DE VERDAD NORMATIVA

1

Me interesa referirme a la polémica cuestión de los criterios de la verdad aplicables a enunciados normativos o a normas, dado que el tema se encuentra nuevamente en el centro de las discusiones actuales en la teoría general del derecho. Se trata, por cierto, de un tema en que mucho tienen que decir moralistas y juristas, un tema por añadidura de muchas facetas y matices. Me limitaré, en consecuencia, a la discusión del problema en algún ensayista contemporáneo y en relación con la teoría jurídica. Ésta ha sustentado, en las últimas décadas, al reanudarse las preocupaciones por la estructura lógica del discurso normativo y por los criterios de verdad, opiniones dispares sobre el problema. Juristas dogmáticos y filósofos del derecho han reiterado que el lenguaje de la teoría del derecho, como todo discurso teórico, requiere de algunos criterios aceptados de consistencia y de algunos principios de compatibilidad deductiva. El conocimiento jurídico no sería conocimiento racional, con pretensión científica, de no lograr ese mínimo de respetabilidad lógica. Esta exigencia suele extenderse a la tesis más pretenciosa y más discutible de que el tema objeto del conocimiento científico del derecho -las normas positivas, por ejemplo, o el discurso jurídico global- esté también sujeto a condiciones más o menos rigurosas de consistencia y deductibilidad. Corresponde señalar que, frente a esta tendencia, han prosperado actitudes que no sólo reniegan acremente del carácter científico de la ciencia dogmática, cuyo uso ideológico suelen denunciar abundantemente, sino que repudian la idea misma de que el derecho (esto es: el conjunto de normas integrantes de un orden positivo) exhiba una estructura lógica que autorice a referirme a severas exigencias de consistencia o deductibilidad. Junto a un cierto escepticismo gnoseológico, que descarta la cientificidad de la jurisprudencia dogmática, tendríamos un irracionalismo normativo que hace de las normas datos brutos de una experiencia social; de ellas no tendría sentido predicar aquellas propiedades características que son condición necesaria para sostener luego la tesis de una lógica propia del discurso jurídico. Kelsen, que lejos de cuestionar los títulos científicos de la jurisprudencia dogmática, los toma como el punto de partida de la reflexión metateórica, es un exponente cabal de ese escepticismo frente a la racionalidad lógica de las normas mismas, las cuales no serían susceptibles de operaciones lógicas en sentido estricto. Una razón para sostener tal cosa, es destacar que las normas carecen de valores de verdad, no son ni verdaderas ni falsas, y, por ende, no son argumentos aceptables en un cálculo funcional veritativo.

2

Sobre el punto vale la pena referirse a la evolución del pensamiento de G. von Wright; éste, cuya obra ha sido central en la investigación y desarrollo de los análisis lógicos del lenguaje normativo, considera actualmente que las normas, en su uso prescriptivo o regulativo, carecen de valor de verdad. Mal podrían, pues, ser variables en un cálculo lógico tradicional. En su uso corriente prescriptivo, las fórmulas deónticas desempeñarían una función importante en la determinación de las acciones, pero no expresarían proposiciones verdaderas o falsas. Por ende, carece de sentido hablar, en su respecto, de relaciones de contradicción o de deductibilidad. Con A. Ross, von Wright sostiene ahora que la normas no cuentan con una lógica y que, por lo tanto, el discurso normativo, en su uso práctico, es alógico [1]. Cabe hablar, sí, de la racionalidad de actividades, como la legislativa o la judicial, productoras de normas, pero sólo en algunos respectos y bajo ciertos criterios. Por su parte, los enunciados normativos, en una interpretación descriptiva o explicativa, expresan proposiciones verdaderas o falsas, sujetas a las leyes lógicas usuales.

Este irracionalismo normativo, como lo ha bautizado O. Weinberger [2], es compartido por muchos lógicos contemporáneos, pero no alcanza necesariamente a otras propuestas lógicas -efectuadas en el terreno de sistemas lógicos divergentes o en extensiones de las lógicas clásicas- que aún Kelsen admite implícitamente; así, cuando normalmente se identifica la prohibición que una norma estatuye con la obligación de omisión de la misma conducta [3]. Lo que aquí me interesa es discutir la índole de las propiedades semánticas características -como la verdad- que quepa atribuir o descartar cuando hablamos de normas. Es frecuente -así en el autor que discutiré a continuación [4]- sostener que la propiedad característica propuesta como afín en el discurso normativo, a la verdad en el discurso declarativo, es la validez. El extender a esa característica los atributos de la verdad preposicional es un paso frecuentemente propuesto o insinuado. Pero el asunto tiene sus bemoles. Por de pronto, la empecinada oscuridad de la noción misma de validez, tal como es utilizada por la doctrina jurídica. El vocablo, como es notorio, es empleado con los más variados sentidos y connotaciones por moralistas y juristas; ni juristas ni moralistas han llegado a un mínimo consenso sobre los alcances que quepa atribuir a la palabreja. Lo cierto es que, co-

1 Cf. G. von Wright, «Norms, truth and logic», en *Practical reason,* B, Blackmwell, Oxford, 1982, § 11.

2 O. Weinberger, «Kelsens These von der Unanwendbrkeit logischer Regeln auf Normen», en *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion:* H. Kelsen Instut. Viena, 1982; y, «Logik, Wirklchleit und Positivität in der Reinen Rechtslehre», en *Rechtsystem und Gesellchaftliche Basis bei Hans Kelsen,* Rechtstheorie, Beiheft 5, Berlín, 1984.

3 Cf. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre.* 2a, ed. F. Deuticke, Viena, 1969, § 16, p. 77.

4 J. Kalinowski, *Le problème de la vérité en morale et en droit,* ed. E. Vitte, Lyon, 1967, Cito, en general, por la traducción castellana, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979. Cf. también del mismo autor su reciente contribución al volumen *Problemas abiertos en la filosofía del derecho,* Doxa I, 1984, Universidad de Alicante, p. 113 ss.

mo «verdad» en muchos contextos, «validez» puede ser un término encomiástico y poco o nada más. La afirmación de que tal o cual norma, regla, ley o principio es válido sólo importa la implicatura conversacional de que quien lo formula o menciona, considera que el principio, ley o norma en cuestión es bueno por alguna razón y, por ende, que en su opinión es merecedor de respeto y acatamiento. En otras ocasiones, sostener que una norma es válida no significa sino que la norma es considerada parte integrante de un orden jurídico positivo, sin que ello implique pronunciamiento valorativo alguno. Honestamente cabe pensar que en el terreno de las ciencias jurídicas dogmáticas, no se dan posturas nítidas con respecto al uso del término discutido. Por lo común, la tesis que equipara la validez con la pertenencia a un sistema, conforme al criterio que sea, considera esa propiedad razón suficiente para que se admita, expresa o calladamente, que la norma en cuestión deba ser aplicada. En otros términos, frente a nociones predominantemente descriptivas de la validez (esto es: más o menos susceptibles de algún tipo de verificación o falsificación empíricas), cunden las versiones en que el concepto exhibe un alcance prescriptivo.

3

Una tesis frecuente, como se ha apuntado, es la que relaciona la validez con la verdad. Así, por ejemplo, J. Kalinowski, para el cual la validez, en su tenor prescriptivo (las normas tienen «valor de validez... en cuanto obligan y se les debe obediencia») [5], señala expresamente que «las normas valen cuando son verdaderas». Se trata, pues, de una tesis más fuerte; ya no se afirma que la validez tenga analogía, a los efectos de un cálculo, con la verdad, sino que la validez de una norma tiene como condición necesaria la postulada verdad de la misma. De aceptarse pareja tesis, es claro que importa a la teoría del derecho dirimir previamente la cuestión de la verdad de las normas jurídicas. Por de pronto, puede comprobarse que, dado que contamos con diversos conceptos de verdad, poco se gana con una discusión en términos generales, donde la multiplicidad de sentidos en juego hacen de la discusión un inútil espejismo. De ahí que me limitaré a los desarrollos sobre el punto de J. Kalinowski, quien no sólo afirma que las normas jurídicas positivas son verdaderas (en algún sentido), sino que polemiza con quienes difieren con ese punto de vista. Es cosa que va de suyo que las tesis referentes a la verdad de las normas jurídicas están ligadas a diversas tesis de tipo religioso (como es el caso explícitamente en Kalinowski) y filosófico. Pretendo eliminar los argumentos en favor de la verdad de las normas jurídicas que aduce el autor indicado, sin entrar en una discusión, acaso inútil, de las creencias metafísicas y religiosas que aduce. Considero que el recurso a tales tesis no constituye argumento filosófico suficiente para tener por acreditada la tesis, que sí importa a la jurisprudencia dogmática, relativa a la verdad de las normas jurídicas positivas. Kalinowski distingue diversas clases de normas; incluso pretende ofrecer alguna clasificación de las proposiciones normativas. Salvo las expresiones directamente imperativas, que no

5 J. Kalinowski, *op. cit.* p. 168.

admitirían corrientemente ser calificadas de verdaderas o falsas, aunque sí de adecuadas, convenientes, etc., nuestro autor considera que las otras normas que analiza -normas morales generales y particulares, normas de derecho natural y normas de derecho positivo- pueden ser verdaderas en algún sentido. Me interesa examinar su análisis en cuanto se refiere a normas producidas por un acto humano. Se trata de las normas jurídicas «en sentido restringido», que son normas 1) «promulgadas de una manera u otra por el hombre»; y, 2) relativas «a los actos propiamente sociales» [6]. La primera característica las diferencia de la ley eterna y de la ley natural que no han sido objeto de promulgación humana alguna; la segunda característica las distingue de normas que expresarían algo así como «el plan divino del gobierno del mundo», la «idea creadora que define la naturaleza universal», que no son fenómenos sociales. Esas normas jurídicas, humanamente promulgadas y relativas a actos sociales, determinan «lo justo particular», esto es, regulan concretamente la conducta real de seres humanos concretos en situaciones específicas. Son ellas, pareciera, las que interesan básicamente a los juristas.

4

Las normas jurídicas positivas, así definidas, cree Kalinowski que pueden ser verdaderas de dos maneras distintas. Primeramente, habría normas jurídicas positivas que son verdaderas en cuanto son derivación deductiva de la ley natural, pensada como un conjunto de normas y enunciados que pueden servir de premisas en una deducción. Si esas normas naturales fueran verdaderas y el procedimiento deductivo, correcto, la conclusión también guardará esa característica. Ello supone, fuera de que se eche mano de una lógica suficiente, que pueda efectivamente verificarse que esas normas naturales son verdaderas en algún sentido interesante: «desde luego -sostiene Kalinowski- que si las normas de la ley natural son verdaderas, las normas positivas humanas deducidas de ellas son igualmente verdaderas cuando su inferencia se conforma a las reglas lógicas correspondientes». Pero una consecuencia no menos derivable es que entonces esas normas jurídicas humanas ya no requieren de promulgación para ser válidas (dado que su verdad es condición suficiente de su validez, como se vio), con lo cual no dejan de satisfacer la definición misma que las demarca. En cuanto inferibles de la ley natural, «obligan -confirma nuestro autor- en razón de la fuerza obligatoria de la ley natural de la cual son conclusiones». ¿Qué tiene en común esas derivaciones de una ley natural con nuestras normas positivas definidas a partir del hecho de su promulgación humana? Kalinowski nos advierte, por acaso, que esas normas derivadas deductivamente del derecho natural, y que en principio identifica con normas jurídicas positivas, son de un carácter mixto: semi-natural, semi-positivo. Y aparece este ejemplo: la ley natural obliga a respetar la vida humana: el legislador, al promulgar las normas penales sobre esa acción, especifica la norma natural restringiendo su aplicación a un determinado grupo humano en algún territorio. Pero in-

6 *Ibidem*, p. 119/120.

cluso aunque ese legislador -afirma Kainowski- «no se hubiese pronunciado sobre el homicidio, las personas a las cuales se extiende la fuerza obligatoria del código penal... estarían aún obligados a respetar la vida humana en razón de la ley natural». Cabe señalar, por de pronto, que la promulgación de una norma positiva no coincide con el proceso de especificación a que Kalinowski nos remite: el ejemplo que pone desvirtúa que su descripción sea correcta. Da la impresión de que para él la función del legislador humano se redujera a integrar una norma natural incompleta que sólo enuncia el carácter deóntico que debe asignarse a una clase de acciones; el legislador humano especificaría su alcance mediante la determinación de ámbitos personales y territoriales de validez previamente no precisadas. Pero entonces cabe sostener que esa labor no es una derivación deductiva en sentido estricto; la pretendida ley natural no es más que una norma incompleta, de imposible aplicación por carecer de referencias suficientes a actos sociales. Lo que es más grave, la norma a la que se arribaría por esa vía no constituiría una «norma humana jurídica», tal como el propio Kalinowski las define, por carecer de promulgación. Este argumento por lo tanto, mal puede servir para demostrar que las normas jurídicas positivas que interesan a los juristas son verdaderas, puesto que no son asimilables a los enunciados que Kalinowski alude.

5

Pero, ¿tiene algún asidero atendible la afirmación de que las normas de la ley natural -premisas necesarias para la inferencia de normas positivas humanas- son verdaderas? El punto gira alrededor de creencias religiosas y metafísicas de nuestro autor, que no hay razón filosófica alguna para admitir. Sin entrar en detalles, Kalinowski adhiere a tesis extremas de un realismo axiológico, para el cual los valores tienen existencia real objetiva; existen cosas o hechos valiosos que serían la contrapartida de los conceptos y los enunciados axiológicos. Cree además Kalinowski que de esos objetos tenemos una suerte de acceso intuitivo, aunque no sensorial. Las normas de la ley natural tendrían fundamento en ese dominio ontológico. En lo que aquí interesa, hay una tesis que concierne concretamente a la cuestión de la verdad de las normas del derecho natural. Una norma, considera Kalinowski, podría ser verdadera, en sentido tarskiano, en cuanto si 'todo hombre debe respetar la vida humana' (entre comillas) fuera el nombre de la norma que prescribe tal deber, la expresión -y me limito a transcribir el texto-: «La norma 'todo hombre debe respetar la vida humana', es verdadera si y sólo si todo hombre debe respetar la vida humana», sería una versión adecuada de un criterio semántico de verdad. Esta fórmula, sin embargo, es engañosa, aunque, como apunta su autor, pueda parecer «sintácticamente correcta y semánticamente significativa». En efecto, ¿es la expresión entre comillas el nombre (propio) de una norma? Si lo glosáramos, utilizando otros recursos descriptivos, la propuesta de nuestro autor ya no parecerá aceptable: «La expresión formada por las letras t, o, d, o, h, etc. es verdadera si y sólo si todo hombre debe respetar la vida humana»; o, «el artículo N es verdadero si y sólo si, etc.». Estas formulaciones ya no parecen ni sintácticamente bien formadas ni semánticamente significativas, como para

tenerlas como una definición de la verdad de una norma. Pero, en rigor, a Kalinowski no le interesa un análisis de los criterios semánticos de verdad de una expresión normativa. Le interesa más bien postular que una norma del derecho natural es verdadera conforme a criterios de correspondencia. La verdad de las proposiciones morales primeras, resultaría de la comprobación de su evidencia, la cual podría ser empírica o analítica. La evidencia empírica requiere de una percepción sensorial del objeto, lo que no puede darse en relación con normas que para nuestro autor son proposiciones, esto es, objetos no empíricos. La evidencia analítica es definida por nuestro autor de la siguiente manera: «una proposición es analíticamente evidente si su conformidad con la realidad puede ser controlada por un análisis de las realidades designadas por sus términos». Esta definición, por cierto, es harto discutible: los principios lógicos difícilmente serían considerados analíticos bajo este enfoque, salvo postulando fantasmales realidades que los cuantificadores, las variables, etc., mencionarían. Pero, en rigor, Kalinowski, una página más adelante vuelve al tradicional (y también insuficiente) criterio kantiano de analiticidad: «los juicios analíticamente evidentes... son universales cuando su predicado contiene todas las notas que definen al sujeto o algunas de ellas...». La evidencia analítica kalinowskiana se alcanza por un acto de iluminación intuitiva, puesto que «los juicios evidentes... nunca son conclusiones». La evidencia intuitiva, por lo tanto, «sigue siendo el criterio supremo de la verdad» y para Kalinowski curiosamente, «no hay sino una (sic) definición de la verdad» [7].

Interesa, pues, destacar, que los enunciados del derecho natural son verdaderos por comprobarse en forma intuitiva su evidencia analítica. Pero aun admitiendo, a los fines de la discusión, las discutibles tesis reseñadas, cabe preguntarse si es posible alcanzar esa evidencia analítica con respecto de por lo menos una norma del derecho natural. Afirmar que la norma que prescribe a todo hombre el respeto de la vida humana es verdadera, significa que intuitivamente podríamos comprobar su evidencia analítica. ¿Contamos con acto intuitivo semejante? Kalinowski, en todo caso, admite que esa vigencia analítica de darse siempre, es insastifactoria: en efecto, según tesis teológicas que Kalinowski comparte y menciona, el conocimiento intuitivo analítico de la verdad estaría vedado al ser humano, quien sólo se aproximaría a él por una «participación misteriosa en el Ser, participación concedida por quien es la plenitud del Ser». Dado que, en todo caso, esa misteriosa participación es escasa, Kalinowski aduce otra tesis: ¿cómo saber que la norma de derecho natural mencionada, cuya verdad debería comprobarse en una intuición analítica que no poseemos suficientemente, es efectivamente verdadera? Ya que no somos ni dioses ni ángeles -sujetos cognocentes que sí tendrían conocimiento intuitivo de tal norma- sólo alcanzaríamos a comprobar la verdad de la norma de marras «en virtud de lo que el hombre sabe de la ley eterna». Pero, resulta que como Kalinowski resignadamente admite, «no es gran cosa lo que (el hombre) sabe» [8] de esa ley eterna (que ex-

7 *Ibídem,* p. 174.

8 *Ibídem,* p. 150.

presaría nada menos que el plan divino de gobierno del mundo); para el lector de Kalinowski es un misterio, entonces, entender cómo una modesta norma humana positiva sería verdadera, en cuanto lógicamente heredera de la verdad de una premisa normativa del derecho natural a través de una inferencia deductiva, cuando no es posible conocer esa verdad previa sino defectuosamente y por vía de una participación misteriosa con un Ser que tampoco podemos conocer cabalmente en ninguno de los sentidos usuales en las ciencias de la palabra «verdad». Ante este fracaso, Kalinowski echa mano de una retórica abstrusa e incomprensible: si bien nuestro conocimiento (que debería ser analítico e intuitivo) del derecho natural, no puede alcanzarse, dado que poco podemos saber intuitivamente de la ley eterna, por eso «incomprensiblemente en razón de la simplicidad divina», tendremos que «admitir *(sic)* que (ese derecho natural) es exacto (verdadero), en virtud de la perfección de Dios», característica ésta que tampoco podemos conocer intuitivamente. La perfección de Dios sería, pues, la razón de la verdad de las premisas normativas de los enunciados del derecho natural, que deductivamente proveen de verdad a las normas del código penal francés (que es el texto que nuestro autor hace remontar a tan elevado fundamento). La perfección de Dios consiste, literalmente, en una imposibilidad lógica: «Dios es a la vez el Ser y el Deber-Ser» (todo ello con mayúsculas cuya función no se advierte; pues, qué es un Deber-Ser con mayúsculas). Sea ello como fuere, si a Dios se le atribuye las características usuales que indican, ya no los teólogos, sino inclusive los catecismos, como el ser eterno, mucho sentido no tiene considerar que Dios es un Deber-Ser, aun con mayúsculas. A un ente eterno y perfecto no tiene sentido alguno identificarlo con un deber-ser. De ahí, si mal no recuerdo, que Heidegger tildara blasfemia pareja identificación, que difícilmente encontaríamos en los pensadores preferidos de Kalinowski -Aristóteles y Tomás de Aquino- que se habrían visto en figurillas para decir, en griego y latín, que Dios es un Deber-Ser.

Este desarrollo, en todo caso, no logra su propósito: si ciertas normas positivas son verdaderas por derivación deductiva de premisas constituidas por normas de derecho natural, tendríamos que poder establecer de algún modo la verdad de las premisas, pero ello al parecer, no es posible suficientemente. Sólo cabrá postular a lo sumo la verdad de tales normas en méritos a supuestos religiosos discutibles y que, en todo caso, son ajenos a los procedimientos metódicos de las ciencias. Además, al no coincidir las normas positivas que el jurista analiza con las expresiones que Kalinowski imagina derivadas de la ley natural, sea cual fuera la verdad o evidencia de esta legislación metafísica, su verdad es ajena e irrelevante para las normas que promulgue algún legislador terrestre menos exaltado, como los autores del código penal francés.

6

Kalinowski pretende también, un tanto ridículamente, que la norma que obliga a los automovilistas a circular por la derecha en Francia es también verdadera. Cabe pensar que, para nuestro autor, ello implica o supone que esa norma de tráfico es normalmente obligatoria. Pero me parece que habría que señalar aquí una consecuencia grave del crudo positivismo ideoló-

gico que late en el iusnaturalismo religioso derivado del terrible principio formulado en la Epístola a los Romanos, que impide desde esas posturas la crítica normal del derecho positivo.

Pero veamos: la obligación de conducir por la derecha, esa norma pedestre, no es, señala Kalinowski, una «simple conclusión de la ley natural»; es decir, no se trata de una norma que exprese «un deber-ser» que puede considerarse verdadera por su «conformidad con la realidad del deber-ser eterno». No, esa modesta norma municipal tiene una verdad más mediocre. Por tener los caminos de Francia y del mundo dos sentidos posibles de tráfico contrarios y excluyentes, Dios (y Perogrullo) habría misteriosamente resuelto en su plan de gobierno del universo y en su traducción en una ley natural destinada al uso terrestre, que «es necesario circular por la derecha o por la izquierda». Esta (inútil) norma daría como complemento adecuado de la ley natural -que al parecer no trata de la circulación automovilística-, en cuanto es el resultado de un actividad que la ley natural sí impondría regular a las autoridades municipales; a saber, el derecho natural impondría el saber de reglamentar de alguna manera la circulación peligrosa. Pero la directiva que la ley natural expresa es obviamente vacua: es obligatorio circular por la izquierda o es obligatorio circular por la derecha (si esta dirección fuera por alguna razón, el único complemento direccional de ir por la izquierda). Continúa Kalinowski informándonos pintorescamente que, en Francia, el legislador (autorizado por el derecho natural) ha «observado», con gran perspicacia (me permito apuntar) que «de acuerdo con la ley natural se debía circular en Francia por la derecha o por la izquierda». Además, nos informa Kalinowski, el mentado funcionario ha realizado una curiosa «observación» complementaria: ha «observado que en Francia no había obligación categórica de circular por la izquierda».

El legislador galo, modelo sin duda del legislador nacional, según proclaman los juristas también galos, habría concluído, ni corto ni perezoso y con gran refinamiento lógico (Kalinowski insinúa que habría echado mano nada menos que del *modus tollendo ponens)* que «en Francia se debería circular por la derecha». El legislador inglés, por alguna oscura razón escondida en el plan divino de gobierno del universo, habría «observado» que en Inglaterra «no había obligación categórica de circular por la derecha», concluyendo luego que los ingleses quedaban sujetos a la obligación de circular por la izquierda, pese a lo incómodo que eso nos parezca a los meros no ingleses. Concluye Kalinowski: «los códigos de tránsito en las rutas inglesas y francesas son igualmente verdaderos porque son igualmente conformes con la ley natural». Estas molestas normas positivas son verdaderas, pero no por la comprobación intuitiva de su evidencia, sino en virtud de una inferencia deductiva. Cabe preguntarse ahora; ¿podría ser falso el código de tránsito francés cuando la norma de derecho natural de la que heredaría su verdad es vacua, ya que no excluye (para una concepción del universo que sólo admita como alternativas el circular por la derecha o por la izquierda) posibilidad alguna? Acaso si el legislador francés hubiera decidido que en las rutas de Francia se circulara por la izquierda, ¿habría incurrido en error, habría actuado en disconformidad con las normas naturales? Kalinowski llega a la tesis de la verdad de la norma que mantiene a los automovilistas a la derecha en los caminos franceses con el siguiente argumento: junto a la vacua

norma del derecho natural, Kalinowski atribuye a su legislador una extraña comprobación: a saber, que en Francia no existe norma que obligue categóricamente a circular por la izquierda. Pero ¿qué comprobación es ésta? Claro que no se trata de la verificación empírica de que, acaso, los conductores de vehículos suelen conducir en Francia por la derecha, pues aunque esta tesis empírica fuera verdadera, la conclusión normativa que Kalinowski pretende obtener por silogismo disyuntivo no sería lógicamente admisible, no sólo porque implicaría incurrir en el clásico error que denunciara Hume, sino porque supondría que de una tautología normativa (que es el único enunciado deóntico en las premisas) se inferiría una norma tautológica (como la que prescribe circular por la derecha). Lo que Kalinowski afirma es una tesis distinta: su perspicaz legislador habría «observado» o «comprobado» la no existencia, en Francia, de una norma que estatuyera la obligación de circular por la izquierda. Pero si bien para Kalinowski los valores y los enunciados lingüísticos son objetos reales (en algún sentido seguramente no unívoco), las normas son proposiciones y éstas, definidas como un tipo de relaciones, no son datos empíricos. Por consiguiente, por más que el legislador francés aguzara la vista hasta quedar bizco, nada podría haber observado o comprobado empíricamente, pues no hay, cree nuestro autor, acceso prescriptivo alguno a esos extraños objetos que, en esta confusa concepción, serían las normas. Y para complicar aún más las cosas resulta que lo observado por el legislador francés sería sólo un hecho negativo (para darle un nombre) de que no hay algo que, de todas maneras, no puede darse en experiencia observable alguna. Lo que el legislador podría haber comprobado, en el sentido de estar al tanto o tener conocimiento, es que él, ni sus predecesores, no habían dictado norma alguna que obligara a circular por la izquierda, quedando en libertad, de ocurrírsele regular la circulación, de optar por cualquiera de las alternativas fácticas y normativas que considerara convenientes. Frente a esta indeterminación de los contenidos de la legislación a dictar, francamente no se advierte cómo puede sostener que la decisión en definitiva adoptada sea verdadera por su conformidad con una norma de derecho natural vacía. La verdad como correspondencia, criterio único al que recurre nuestro autor, no permite sustentar la tesis de que el código de la circulación en Francia sea verdadero en ningún sentido. Y hace sospechar que cuando se habla de la verdad de normas positivas no se quiere decir lo que Kalinowski pretende [9]. Supongamos que se retorne a una remota mentalidad mítica que no hemos dejado de añorar, en la que toda acción humana está determinada, en última instancia, por el temple favorable o desfavorable del tótem de la tribu. Sea éste, pongamos y para darle un nombre, el Gran Oso Primordial. Si una acción mía es acertada -como la de lograr una refutación conveniente de las tesis de Kalinowski- diré que he cumplido con la obligación que el Gran Oso Primordial me ha impuesto de escribir estas páginas. De resultar ellas insuficientes, diré, con gran rigor lógico, que el Gran Oso Primordial me obliga a creer las cosas que Kalinowski sostiene

9 Puede hablarse de verdad de normas en forma menos pretenciosa, pues no se requiere tener noticia alguna del divino gobierno del mundo, partiendo de un criterio de verdad como coherencia, cf. C. Alchourrón y E. Bulygin, *Essays in Legal Theory in Honor* K. Makkonen, Helsinki, 1983.

con respecto a la verdad de las normas jurídicas. En algún momento de lucidez y de incredulidad frente al Gran Oso, observo que nadie está obligado a creer en mis argumentos. ¿Bastaría ello para suponer verdaderas las afirmaciones de Kalinowski? En ese pequeño universo tribal, el desfavor del Gran Oso en mi contra obligaría a creer, con Kalinowski, en la verdad del código de la circulación en Francia. Como ese universo es inepto para intentar una explicación suficiente del tema discutido, y como el Gran Oso Primordial no existe, mucho me temo que no haya razón alguna para compartir la tesis de Kalinowski sobre la verdad de las normas jurídicas positivas.

ESCEPTICISMO MORAL EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES *

El tema del escepticismo moral en las relaciones internacionales es a mi parecer bastante importante. Es posible que alguien, o la mayor parte, en esta sala simpatice poco con algunas de las ideas que voy a examinar hoy, aunque puede ser que me equivoque; yo realmente no conozco cual es el estado de opinión acerca de este asunto. Lo que está claro es que alguna variedad de lo que llamaré escepticismo moral en las relaciones internacionales forma parte de una tradición en la filosofía occidental y, tengo razones para creerlo así, también en otras filosofías. Se trata ciertamente de una concepción que ha tenido (en ciertos círculos de estudiosos y de políticos) un gran número de seguidores desde la segunda guerra mundial. Esto es cierto incluso en la «moralista» América. Estoy pensando en una particular escuela de pensadores. Los más prominentes de entre ellos, en el inmediato período de posguerra, fueron Hans Morgenthau, Reinhold Niebuhr y George Kennan, a quienes se llamó «realistas» políticos y fueron, creo yo, escritores más bien inconsistentes. Pero un elemento muy fuerte en su pensamiento y ciertamente, creo, el elemento más notable del mismo fue su punto de vista de que la función propia del hombre de Estado es perseguir el interés nacional, por lo que deploraron lo que consideraban como elementos moralistas o moralizantes en la conducta relativa a la política exterior. Kennan llegó a decir, aunque él mismo es una persona muy apacible y moralizante, que las relaciones internacionales no son aptas para los juicios morales. Y, desde luego, la tradición en cuyo nombre habla no es sólo americana. La tradición europea se retrotrae al menos a Maquiavelo y encontró un reciente portavoz en Croce, quien dijo que en el campo internacional las mentiras no son mentiras ni los asesinatos asesinatos.

Voy a examinar brevemente un número de versiones diferentes de esta doctrina y luego hablaré con un poco más de detalle acerca de una o dos de las versiones más extremas. No creo que tenga tiempo para más en una conferencia.

La primera versión, que tiene poco valor, es la de los teóricos americanos de posguerra, y la noción clave en el desarrollo de su doctrina es la idea del poder y del interés nacional: la acción de los hombres de Estado, el fundamento de la acción de los Estados, debería ser la persecución del interés nacional, y esto significa maximizar el poder. La noción de poder es muy complicada y, hasta cierto punto, obscura, pero, sin embargo, era la categoría global bajo la que formularon su concepción. Este punto de vista no tiene por cierto un origen reciente ni americano. Hay expresiones rotundas del mismo en filósofos como Spinoza, e incluso en otros bastante anteriores, de manera que el hombre de Estado viene a ser (y esto se formula de muy diversas maneras) bien el depositario del interés nacional, bien una parte en

* El presente trabajo recoge la conferencia impartida por el autor en el *Salzburg Seminar* en junio de 1986, y conserva por ello el estilo de una exposición oral.

el contrato con el pueblo al que representa, y bajo uno u otro de estos títulos tiene obligación de perseguir el interés nacional. La doctrina tiene con frecuencia implicaciones bastante antidemocráticas, al menos según la entendieron algunos de sus expositores, puesto que un pueblo democrático puede realmente desear actuar sobre bases morales. Pero muchos hombres de Estado que mantienen el punto de vista de que ellos son depositarios del interés nacional sienten que tienen que oponerse a los deseos democráticos porque el standard para sus acciones es claro, es decir, maximizar el poder o perseguir el equilibrio del poder. Y esto puede ser a costa del mantenimiento de acuerdos jurídicos internacionales o de actuar sobre la base de amistades ideológicas, o de principios morales si éstos son incompatibles con la persecución del poder. Creo que el argumento de que los hombres de Estado tienen esta obligación, aunque es un argumento excepcionalmente popular, es más bien débil. Me parece realmente que no tiene más fuerza persuasiva que el punto de vista de que el presidente de una empresa tiene una obligación en relación con los otros socios, de vender talidomida si ello maximiza los beneficios, o el punto de vista de que un matón de la Mafia tiene una obligación, para con quienes le emplean, de asesinar si ello hace progresar los intereses de la organización para la que trabaja. El argumento de que el hombre de Estado está en una posición diferente a la de estos otros necesita ser explicado, pero casi nunca lo es. Ciertamente, dicho argumento sólo podría ser de peso si el resto de la filosofía realista fuera más persuasiva de lo que es.

La línea de pensamiento más significativa que, según pienso, subyace a la posición realista y que me parece es de especial interés para este seminario, es la siguiente. Los realistas mantienen frecuentemente el punto de vista de que hay alguna forma de acción realizada en el ámbito político, en el ámbito internacional, que a ellos les parece «aceptable». Desde su perspectiva, se trata de una acción que viola reglas morales o standards morales o bien sus ideas de lo que requiere la moralidad. De ahí infieren que las acciones en el ámbito internacional deben ser juzgadas según un standard diferente un standard diferente del standard moral. Caracterizan este standard de diferentes maneras, pero es típico que digan que es un standard político. Concluyen así que las acciones en el ámbito internacional no pueden o no deben ser juzgadas mediante standards morales, sino que necesitan ser juzgadas mediante otro standard, un standard político. Y el standard político, en el caso de los realistas, es que las acciones realizadas por hombres de Estado deben promover el interés nacional o maximizar el poder nacional.

Una de las razones por las que creo que este punto de vista es especialmente significativo para este seminario es que, en mi opinión, muchos de los teóricos que adoptan esta perspectiva lo hacen porque tienen una concepción filosóficamente inadecuada de lo que es la moralidad. Esta concepción les lleva a la conclusión de que ciertas acciones que ellos encuentran intuitivamente «aceptables» en el ámbito internacional son inmorales y por tanto deben ser justificadas de alguna otra, inmoral, manera. Si tuvieran una concepción filosóficamente más adecuada de la moralidad, verían que algunas de estas acciones, las que también yo percibo como intuitivamente aceptables, pueden ser justificadas sobre bases morales. Otras, desde luego, no estarían justificadas, pero tampoco deberían serlo.

Lo que creo se necesita aquí es una concepción más compleja de la moralidad. Ciertamente, yo no creo tener un punto de vista filosóficamente aceptable de la moralidad, pero creo que en la filosofía moral se han hecho algunos avances elementales que nos permiten tener un punto de vista algo más sofisticado de las cosas de lo que lo tienen muchos de los realistas políticos. Y puesto que creo que la conclusión que ellos han extraído es muy perniciosa, esto es, la conclusión de que los hombres de Estado deberían perseguir el interés nacional, puede merecer la pena refutarla. Me parece que es un caso en que el mundo puede de hecho ser un poco mejorado si se superan algunos errores filosóficos, aunque estos errores filosóficos no son de ningún modo el motor principal de este punto de vista o de las prácticas que refleja.

Otra forma de escepticismo moral en las relaciones internacionales está asociada con Hobbes y su filosofía, y aquí el problema no afecta tanto a la cuestión de qué sea la estructura o fenomenología de la moralidad sino más bien a las condiciones bajo las que se aplica. Presentaré una versión cruda de Hobbes pero creo que esta versión es adecuada para representar la aplicación del punto de vista sobre los asuntos internacionales que uno encuentra en muchos de estos escritores.

En la filosofía de Hobbes, en el estado de naturaleza no hay ni justicia ni injusticia. Un punto de vista semejante lo mantienen también muchos de los escritores hegelianos que también operan en esta tradición. En ausencia de un cierto tipo de comunidad caracterizada como *Sittlichkeit* no existe, pretenden, posibilidad de realizar juicios morales. Dado que la comunidad internacional es para muchos de estos escritores hobbesianos un estado de naturaleza, o para muchos de los escritores de la tradición hegeliana una asociación que no alcanza el nivel desuna comunidad caracterizada como *Sittlichkeit,* los juicios morales en sentido estricto son inaplicables en este ámbito.

Hay dos objeciones a esto sobre las que volveré en seguida. La primera es que las relaciones morales rigen incluso en el estado de naturaleza descrito por Hobbes, y la segunda, que el orden internacional no es de hecho un estado de naturaleza a pesar de algunas analogías que le acercan a un estado de naturaleza.

El tercer tipo de concepción que uno encuentra en este área puede denominarse concepción de las morales especiales. Se argumenta frecuentemente que *hay* una moral que gobierna las relaciones internacionales pero es una moral especial que debe distinguirse de las morales privadas o de la moral común o moral cristiana. Escritores distintos formulan esta moral especial de diferentes maneras. Algunos la llaman moral pagana. Es la manera como la formuló Isaiah Berlin en su discusión sobre Maquiavelo. Weber habló de una «ética de la responsabilidad» y muchos escritores de la tradición realista hablan de morales «nacionalistas». Mi actitud frente a este tipo de formulación es que cuando los juicios que se basan es estas morales especiales que se alegan son legítimos, son de hecho los mismos que los que se basan en standards morales organizados directamente o adaptados apropiadamente a las circunstancias alteradas de las relaciones internacionales (cuando existen tal tipo de circunstancias). En otro caso, el entregarse a tales morales especiales es moralmente inaceptable.

Generalmente, las morales especiales se asumen para justificar precisamente lo que -pienso- uno no desea justificar en el ámbito internacional, es decir, la violencia ilimitada o una persecución sin restricciones del interés nacional. Una cosa interesante acerca de estos usos de «moral» es que son frecuentemente lo que uno podría llamar usos antropológicos. La palabra «moral» aparece frecuentemente entre comillas en estos escritores (o en estos pasajes de sus escritos) y lo que se llama moral es simplemente una descripción de cómo alguna gente realmente se comporta sin ninguna pretensión de que este código de conducta sea según los propios standards del escritor, o según cualquier otro standard general, moralmente aceptable. Es simplemente una manera pickwickiana de describir la forma en que algunas tribus (o naciones) actúan de hecho. Pero la cuestión que uno necesita plantearse, salvo que se sea un escéptico moral no sólo a propósito de las relaciones internacionales sino en sentido bastante general, es ésta: ¿es aceptable moralmente este particular código de conducta?

Finalmente, hay versiones más moderadas de escepticismo acerca de las relaciones internacionales y creo que hoy no tengo mucho que decir acerca de ellas. La exposición más influyente y sofisticada de un punto de vista de este tipo que me resulta conocida se encuentra en los escritos de David Hume y puede llamarse la «moral de los príncipes». De acuerdo con Hume, los príncipes actúan típicamente de acuerdo con standards morales e, incluso, en su mayor parte, las reglas ordinarias de moral les son aplicables. Pero, añade, con menos fuerza que en los casos de ámbito no político. (Un punto de vista como éste es el que sostiene uno de los más sofisticados realistas, el historiador británico E. H. Carr en su *«La crisis de los años veinte»*). En Hume, la razón para que se apliquen las reglas morales, pero con menos fuerza, en el ámbito político e internacional es que él cree que son de menor uso en este ámbito y de ahí que se apliquen con menos fuerza.

En general, el problema del punto de vista de Hume sobre las relaciones internacionales, como -creo- su punto de vista más en general, es que tiende a identificar las convenciones recibidas con las exigencias de justicia. Pero una cosa en la que creemos es que debemos estar en condiciones de criticar las convenciones recibidas en virtud de una concepción de la justicia. Así, no podemos aceptar el punto de vista de Hume de que lo que resulta ser de interés mutuo de dos partes muestra por ello ser justo. Esto resulta claro en discusiones que tienen que ver con cuestiones de distribución económica. Hoy vemos que lo que resulta de interés mutuo para dos partes puede sin embargo no ser justo si es de más interés para una parte que para la otra. También vemos, profundizando en esta perspectiva, que donde hay una falta de convenciones o acuerdos, especialmente en el ámbito internacional, ello se debe probablemente a una falta de interés mutuo en tener tales reglas o convenciones. Esto se nos ha hecho especialmente claro a partir del análisis del dilema del prisionero, esto es, de los casos en que podemos ver que ambas partes pueden sacar provecho de un acuerdo que, sin embargo, por razones de auto-interés racional en ciertos tipos de circunstancias, no concluyen.

Deseo ahora discutir el punto de vista realista y el hobbesiano con un poco más de detalle.

Lo primero que me gustaría desarrollar un poco es el punto de vista de que los realistas están equivocados acerca de la naturaleza de la moral. Algo que los realistas hicieron fue hablar confusamente acerca de la moral misma. Pero también mostraron una positiva inclinación a confundir la noción de «moralizar» o ser «moralista» con la noción de ser moral o de conformarse a las reglas y principios morales. Uno de sus objetivos, desde un punto de vista práctico, fue lo que consideraron como la excesiva moralización de la política exterior americana. Desde su pespectiva, ésta es una tendencia típica y característica de los gobiernos democráticos. En orden a obtener apoyo para las acciones políticas en el ámbito internacional, los políticos democráticos como Woodrow Wilson, que fue su *bête noire*, y Roosevelt trataron de galvanizar al público democrático apelando a sus inclinaciones morales, moralizantes o santurronas. Los invocaron apelando a ciertas fórmulas. Desde su perspectiva, estas fórmulas plantearon dificultades o produjeron soluciones a los problemas nada inteligentes políticamente. Los realistas tenían en mente lo que consideraban como demanda moralizante a Alemania para las reparaciones de después de la primera guerra mundial, slogans como la necesidad de hacer el mundo más seguro para la democracia y las demandas de rendición incondicional en las segunda guerra mundial. Si fueran escritores actuales, imagino que se sentirían igualmente molestos con lo que probablemente verían como retórica moralizante de Reagan acerca de los imperios del mal a los que se debe combatir. Pensaban que tales slóganes inclinaban a los Estados Unidos a buscar decisiones políticas que conducían a acciones que eran incompatibles con la utilización inteligente del poder y, en particular, con el mantenimiento de lo que llamaban equilibrio del poder. Contemplaban tales slóganes como perjudiciales para los Estados Unidos. En particular, veían el desmoronamiento del imperio austro-húngaro en la primera guerra mundial y el permitir a los ejércitos soviéticos penetrar en el corazón de Europa en la segunda guerra mundial como un resultado de este tipo de simple inconsciencia. Este tipo de moralización actúa en contra del interés nacional y, podrían ellos decir si se permitieran a sí mismos hablar de esta manera, contra el interés moral de la gente en general.

El punto principal que desearía dejar claro aquí es que los slóganes moralizantes no son lo mismo que la moral y que no hay obligación moral por parte de los Estados Unidos de seguir la mayor parte de, o quizás todas, las políticas que se han descrito aquí. Simplemente, no son *exigencias* de la moral incluso cuando está moralmente *permitido* seguir alguna de estas políticas, digamos la política de las reparaciones exigentes. No hay razón por la que los Estados Unidos se vean obligados a ejercer este derecho. Si fuera contra el propio interés de los Estados Unidos, o contra el interés del orden mundial, no ejercer este derecho, no habría exigencias por parte de la moral de que se hiciera. Considero toda esta línea de pensamiento como desorientado, y en la medida en que el ataque a los slóganes moralizantes se contempla como un ataque a la necesidad de regular la conducta de la política exterior según principios morales, equivocan el objetivo y confunden el problema.

Un error menos grave, y que cometen muchos escritores, incluyendo muchos escritores académicos bastante sofisticados, y no tanto desde el la-

do filosófico como desde el histórico y político, es el punto de vista reflejado en una lúcida y reveladora exposición por el historiador británico Mowat en un libro titulado característica y reveladoramente «*Moralidades públicas y privadas*». Mowat sencillamente identifica la moral con los Diez Mandamientos. Entiende los Diez Mandamientos como principios universales y sin excepciones. Entonces, desde luego, se plantean muchos problemas acerca de la inmoralidad de la política internacional, y de la política en general, pues no se conforman a los Diez Mandamientos o a las reglas muy simples y sin excepciones que considera son propiamente una manifestación de las exigencias de la moral.

Considero que la mayor parte de nosotros, aunque estoy seguro que no todos, podríamos estar de acuerdo en que las reglas morales de la clase de las que él tiene en mente tienen excepciones, y tienen excepciones incluso en la vida privada. Uno no necesita ir al campo político, o al de la política internacional, para encontrarlas. Hay ocasiones en que es moralmente aceptable, y quizás incluso obligatorio, mentir, romper las promesas, e incluso matar en defensa propia o en defensa de partes inocentes. Ciertamente, cuando uno entra en el campo político toma este camino, o al menos yo lo hago: mentir a la Gestapo para salvar al judío del ático, romper una promesa de carácter relativamente poco importante para salvar a alguien que ha resultado gravemente herido en un accidente o, como digo, matar o usar la violencia en respuesta a agresiones. Todas estas acciones que pueden contemplarse como excepciones al tipo de reglas que Mowat tiene en mente son aceptables; en consecuencia, no hay nada sorprendente en el hecho de que surjan situaciones en el ámbito público e internacional en que los hombres de Estado pueden en ocasiones tener razones para mentir o usar la violencia. Esto no significa, como algunos concluyen, que se puedan justificar muchas de las mentiras o de la violencia que caracterizan a la vida internacional. Pero se las condena de manera más inteligente desde una posición que muestra que existen de hecho algunas ocasiones en las que tales acciones están permitidas. Se puede ser anti-realista, rechazar los escritos de gente como Treitschke que eran exponente de tipos extremos de *realpolitik* a comienzos del siglo, pero estar de acuerdo con Treitschke en no tener mucha simpatía por el hombre de Estado que él imagina, que calienta sus manos sobre las ruinas humeantes de su patria, confortándose a sí mismo con el pensamiento de que nunca ha mentido. Si salvar a tu país de un ataque injusto puede ser evitado diciendo una mentira en la ocasión apropiada, yo no consideraría que decirla sea moralmente inaceptable. Pensaría que está dentro de los límites de la acción moralmente justificable sin que ésta requiera para justificarse desplegar algún especial principio político, o invocar alguna moral especial. En palabras de Morgenthau, el más sofisticado de los realistas políticos americanos, ese standard, que prevalece sobre los standards morales, es el del interés nacional que debería ser, dice, «la única estrella orientadora, el único standard de pensamiento, la única regla de acción» para los hombres de Estado y, en forma derivada, para los Estados. Algo de lo que lleva a los realistas a este punto de vista puede ser evitado viendo que las reglas morales están, en forma característica, abiertas a excepciones.

Otro punto de vista y quizás más controvertido, es el de que se puede esperar encontrar en nuestro sistema moral conflictos entre reglas y entre

principios. De manera que una acción moralmente aceptable, una acción moralmente defendible, puede basarse en un principio que, sin embargo, está en conflicto con otro. La acción que resulta justificada por un principio puede ser condenada por otro. En estos casos, uno debe actuar según el principio que tenga mayor peso y, al hacer esto, violar el más débil. Tales situaciones son características de la vida política y especialmente de la vida política internacional. Resulta entonces a veces moralmente justificable faltar a una obligación, violar los derechos de otros y tomar parte en acciones que sobre la base de algunas consideraciones morales son objetables porque hay consideraciones de más peso en el otro lado. Pero estas consideraciones de más peso no deberían ser pensadas como consideraciones políticas que justifican estas acciones sobre bases no morales. Cuando las acciones son justificables es preciso argumentar sobre bases morales, y lo que hay que pretender es que, en una situación de conflicto, una serie de derechos o de consideraciones morales tienen que prevalecer sobre otras. Hay muchos ejemplos de este tipo de situación en el ámbito internacional y no deseo discutir las especificidades de ninguno de ellos. El incumplimiento de Gran Bretaña y Francia de la obligación según tratado de imponer sanciones sobre Italia en respuesta a la invasión por ésta de Abisinia ha sido considerada con frecuencia como una defección de una obligación jurídica y, en esas circunstancias, una obligación jurídica que tenía peso moral. Dada esta obligación moral, la omisión es vista por los escritores realistas como una ocasión en que, sobre la base de consideraciones de *realpolitik* de sus intereses nacionales, Gran Bretaña y Francia violaron sus obligaciones morales. Creo que una manera más iluminadora de contemplar esto, si uno piensa que era un incumplimiento justificable (aunque quizás no lo fuera), es ver que Gran Bretaña y Francia comprendieron que pronto estarían implicadas en una guerra con el fascismo, que imponer esas sanciones en ese momento las debilitaría para una lucha más importante que tendrían que librar en breve, que lo que estaba en juego en aquella batalla podía ser la propia civilización liberal. Comprendieron que alguien que defendiera sus acciones podría argumentar con fuerza así, que había una razón moralmente de más peso que justificaba dicho incumplimiento.

Me parece que los realistas (a causa de su confusión entre moral y moralizar, de su asunción de que las reglas morales deben ser reglas sin excepciones, de su asunción de que cuando una serie de consideraciones morales es invalidada por otra debe tratarse de consideraciones políticas más bien que de otras consideraciones morales) se ven generalmente forzados a una posición según la cual habría que juzgar todas las acciones en el ámbito internacional sobre la base de lo que ellos llaman consideraciones políticas, consideraciones de interés nacional y de maximización del poder. Creo que esto ocurre en buena parte porque fracasan al no analizar la situación con una adecuada teoría moral. Esto no significa que todos sus juicios puedan trasladarse al lenguaje moral, lo que no tendría sentido. Hay mucho que desean justificar en nombre de un standard político que creo debe ser condenado si se analiza según principios morales -la violación alemana de la neutralidad belga, el ataque italiano a Abisinia, y muchas otras acciones en el ámbito internacional. No es el caso de que todo lo que ellos dicen pueda trasladarse al lenguaje moral. Lo que es importante es insistir en que los stan-

dards morales son los últimos standards, que deben adoptarse para referirse a todas esas acciones, y que muchas de las acciones que -piensan- pueden justificarse únicamente invocando algún standard extra-político, amoral, podrían de hecho justificarse si tuvieran una filosofía moral adecuada.

El punto de vista de Morgenthau, para expresar esto de manera más positiva, es que todas las políticas internacionales son políticas del poder y que no hay una alternativa mejor a la de la política del poder, en particular, no hay políticas morales del tipo de la que deseaba Woodrow Wilson. Morgenthau dice: «Los hombres no pueden elegir entre la política del poder y su necesaria consecuencia, el equilibrio del poder, por un lado, y un tipo diferente y mejor de relaciones internacionales, por el otro».

El tiempo ha transcurrido más rápido de lo que esperaba, de manera que no trataré de examinar este argumento, pero lo que hace, de manera característica, es extender el significado del término «política del poder», de manera que cubre todas las políticas. Morgenthau ve política en todas partes -en el campo municipal e incluso en la familia. Pero si política del poder es compatible con relaciones municipales y con relaciones familiares, entonces uno puede ciertamente, siendo consecuente con la política del poder, tener una política internacional mucho mejor.

Morgenthau tiene una línea diferente de argumentación, en la que no extiende al significado de «política del poder», pero trata de establecer la pretensión, haciéndola empíricamente más plausible, de que mucha de la actividad en el campo internacional no es de hecho actividad política. Habla, quizás hasta con ingenuidad, sobre el intercambio de información científica, el hambre y la ayuda en caso de desastre, las relaciones culturales y comerciales, como típicamente no políticas o capaces de ser no políticas. Si esto es cierto, entonces él ya ha renunciado a una buena porción de lo que podíamos creer ingenuamente que era su pretensión, en cuanto que exceptúa a una gran parte de la conducta internacional, del campo de la política internacional. También admite que algunas naciones no están realmente implicadas en la política internacional. Mónaco es inactiva, Suiza sólo es mínimamente activa. De hecho, como principal ejemplo de la política del poder tiene en mente las relaciones entre los Estados Unidos y la Unión Soviética. En sus obras teóricas considera principalmente estas relaciones como ejemplos de una política del poder que excluye consideraciones morales. En otras, sin embargo, cuando escribe en un sentido menos teórico, describe este conflicto básicamente como un conflicto moral, un conflicto entre dos concepciones morales. Esto me parece realmente que está más cerca de la verdad y, por mi lado, argumentaría que los Estados Unidos en sus relaciones con la Unión Soviética (piénsese en el largo período en que E. U. tuvo un monopolio sobre la bomba y no lo utilizó) están hasta cierto punto constreñidos por consideraciones morales. Y ciertamente, las relaciones de los E. U. con otras potencias amigas están frecuentemente regidas por consideraciones morales. Esto es sin duda cierto de las relaciones entre otras naciones, menos comprometidas que las anteriores, en el actual panorama internacional. De manera que yo creo que según su propia consideración de la política mundial, el punto de vista de que todo es política del poder motivada simplemente por el interés nacional, es falsa. De hecho, una gran parte de las relaciones internacionales están regidas por limitaciones morales, y aún debe-

rían estarlo más. El hecho es que en los Estados Unidos nuestro Derecho público, y nuestra moral recibida, reconoce la existencia de derechos humanos y de otras exigencias morales. Aún más, nuestra forma de gobierno se funda en la asunción de que esto último existe y -pienso- cualquier crítica de la política americana es certera al señalar que en ciertas ocasiones las acciones de nuestros gobiernos violan de hecho nuestras propias concepciones sobre la conducta moral, sean o no compartidas por otros (aunque creo que en muchos aspectos básicos estos puntos de vista son muy ampliamente, quizás universalmente, compartidos). Esto se ha puesto de manifiesto cada vez más en años recientes en las declaraciones de derechos humanos universales, en la Carta de las Naciones Unidas y en otras partes.

Creo que voy a omitir bastante en este punto. Permítaseme decir que justamente Morgenthau adopta, en forma muy vigorosa, el punto de vista de que si se es un realista político, como él cree que debe serlo tanto el diplomático como el científico empírico, la política internacional debe contemplarse de modo maquiavélico. Debería verse como un campo autónomo de actividad que debe ser juzgada mediante standards diferentes a los standards económicos, jurídicos, políticos, y que el standard político en particular debe prevalecer sobre el standard moral en todos los casos. Pero esta posición me parece, por las razones que he sugerido, totalmente indefendible. Recuerden que desde su perspectiva, una consecuencia inevitable de lo que él llamaba «política del poder» era que lo mejor que podíamos desear en el campo internacional era lo que llamaba equilibrio entre las políticas del poder. A veces esto es trivialmente cierto. Morgenthau piensa que cualquiera que sea el resultado de la lucha por el poder, a eso debe llamarse «el equilibrio del poder» y, en ese sentido, en la medida en que hay una lucha por el poder, su resultado inevitable es un equilibrio del poder. Pero el concepto de equilibrio del poder, que es extremadamente ambiguo, tiene en la mayor parte de sus escritos, y en la tradición clásica de los escritos europeos sobre el tema, un significado más bien restringido, lo que puede llamarse la concepción del «equilibrio». La idea es que existe equilibrio o equilibrio del poder en este sentido cuando se alcanza algún tipo de acuerdo de poder que sea favorable al orden mundial o que frustre los intentos de hegemonía por parte de poderes particularmente fuertes. Esta consecución, sin embargo, requiere restricciones por parte de algunos de los poderes, en particular los grandes poderes. Esto no es un hecho, algo que sobrevenga automáticamente de la lucha por el poder, sino que realmente exige restricciones de algunas de la partes, así como un tipo de manejo inteligente del poder que constituye, según los escritores de esta tradición, la habilidad profesional de los diplomáticos y de los hombres de Estado.

Permítaseme ser breve sobre esto. Aunque buscar un equilibrio del poder, perseguir un objetivo de equilibrio de poder en este sentido, sea un objetivo más restringido, y en general más deseable, que el intento total de maximizar el poder nacional por parte de cada uno, ello sin embargo no permite que se violen los derechos de las naciones y de las personas. Si Morgenthau piensa otra cosa es porque su criterio fundamental es el intento de alcanzar un cierto modelo de poder. Si este modelo exige la violación de derechos individuales (si requiere que el gobierno de los Estados Unidos desestabilice el gobierno chileno o realice cualquier otra acción que se considere ne-

cesaria para mantener algún otro poder en equilibrio), entonces esta violación de derechos humanos nacionales o de otros derechos humanos está justificada. A veces, claro, puede darse un argumento moral en defensa de una acción de equilibrio del poder. Con frecuencia, sin embargo, las acciones dictadas por el equilibrio del poder serán objetables y tendrán que ser rechazadas desde bases morales.

Hay quienes tratan de defender una política de equilibrio del poder como si de hecho fuera moral porque es la única dictada por consideraciones simplemente utilitaristas o por lo que Robert Nocick llama el «utilitarismo de derechos». Pero dejando aparte cuestiones que uno podría plantearse sobre cuáles sean los principios morales fundamentales, está la cuestión de si, de hecho, en todos los casos en que se sigue la política de equilibrio del poder, ésta es el mejor camino para alcanzar los resultados que el utilitarismo o el utilitarismo de derechos desea alcanzar. Creo que los argumentos están más bien claramente en contra de este punto de vista. Incluso el héroe de estos escritores, Winston Churchill, claramente no sigue esta doctrina. La doctrina parecería sugerir que hubiese sido deseable, en el período de entreguerra, reducir el tamaño de la más poderosa Francia y fortalecer a la potencia menos poderosa, Alemania. Pero, correctamente, otras consideraciones fueron las que guiaron su conducta. Es decir, Churchill tomó en consideración las intenciones de las partes, no precisamente la realidad de su situación de poder, y se opuso a la más débil, pero malintencionada, Alemania, mientras que apoyó a Francia. Ésta era obviamente la aproximación inteligente que claramente no estaba dictada por el equilibrio del poder. Si este no es un buen ejemplo, creo que indica que necesariamente habría tales ejemplos. No creo que existan muchas probabilidades de que pueda darse una defensa moral general de la política de equilibrio del poder, aunque en particulares ocasiones, políticas dictadas por el equilibrio del poder pueden ser susceptibles de justificación moral. En forma más importante, sin embargo, a veces no serán ciertamente justificables y deben ser rechazadas.

Una de las objeciones standard a las políticas de equilibrio del poder es que la noción misma de poder es más bien obscura e, incluso en la medida en que es clara, es muy difícil decir exactamente qué es el propio poder de uno, y todavía más difícil decir cuál es el poder de otras naciones. Este problema se agrava por los constantes cambios de alianzas y, en el mundo moderno, por los rápidos progresos tecnológicos que pueden bruscamente alterar el poder de las naciones. Frecuentemente no se puede hacer una estimación racional de cuáles son esos poderes. Por ello, hay una tendencia constante a tratar de maximizar el propio poder, y hay una tendencia, incluso en una política de equilibrio restringido del poder, a convertir cualquier situación internacional difícil, en una batalla declarada por el poder. Esto es por lo que muchos escritores, pienso, consideran el estado de naturaleza hobbesiano como la verdadera esencia de la realidad internacional.

En el estado de naturaleza, el estado de naturaleza del individuo, recordarán que Hobbes adopta el punto de vista de que lo que pasaba por lenguaje ético era simplemente una expresión de lo que él llamaba «apetitos y aversiones», lo que los realistas en su propia versión llamarían «afirmaciones ideológicas». No hay declaraciones morales auténticas. La solución para este problema es el establecimiento de un soberano. Los soberanos ha-

cen que las cosas que mandan sean justas al mandarlas, dice Hobbes, y que las que prohiben sean injustas, al prohibirlas. Así, hasta que no hay un soberano no se tiene un lenguaje auténticamente moral. Desde luego, la aplicación de esta doctrina en el ámbito internacional es que, dado que no tenemos un soberano internacional para estabilizar el lenguaje moral, el lenguaje moral es simplemente inaplicable al ámbito internacional. En este ámbito sólo tenemos la expresión de «apetitos y aversiones» o afirmaciones ideológicas. En el estado de naturaleza, según Hobbes, uno busca poder y más poder y está en situación de tener y hacer todo, y todo está permitido para todos.

Los teóricos internacionalistas que trabajan en esta tradición transfieren este derecho del estado de naturaleza al Estado-nación y Morgenthau habla del derecho de autopreservación que posee el Estado-nación. Uno de los más influyentes de todos los escritores modernos sobre este tema, Raymon Aron, dice que el estado de naturaleza, el hobbesiano estado de naturaleza, que existe en el campo internacional, es lo que convierte en necesidad lo que él llama egoísmo nacional.

En el estado de naturaleza individual, de acuerdo con Hobbes, uno actúa constantemente en defensa propia para preservar su propia existencia física. Por mi lado, creo que esto garantizaría una mínima aplicación del lenguaje moral en el estado de naturaleza dado que, al menos en ciertas circunstancias, los actos en defensa propia son actos justos y son descritos propiamente como actos justos. Así que yo no acepto aquí, desde el mismo comienzo, la descripción hobbesiana. El hecho es que incluso en el estado de naturaleza es difícil creer que hay un derecho a hacer todo. Yo afirmaría que uno no está actuando necesariamente en defensa propia cuando se enfrenta con niños, con incapacitados, con enfermos o con ancianos. Ataques a los enfermos, a los inocentes, no son justificables ni siquiera en el estado de naturaleza. Incluso cuando tales ataques son justificables, pienso que el consenso en cuanto a opiniones morales que se expresa en el Derecho internacional es que tales ataques, o tales actos en defensa propia, necesitan regirse por principios de parquedad y proporcionalidad. A este punto de vista moral se le ha dado expresión en el Derecho de la guerra. Incluso cuando son aceptables actos en defensa propia, existen límites y reservas sobre los métodos de autodefensa y sobre las ocasiones de autodefensa.

Es característico de los teóricos de las relaciones internacionales transferir simplemente el derecho individual de autodefensa del estado de naturaleza a la nación y asumir que de la misma manera que el individuo tiene un derecho a la autodefensa o a la autopreservación en el estado de naturaleza, el Estado-nación lo tiene en el ámbito internacional. Esto, desde luego, es altamente cuestionable. Nosotros no pensamos en general que las entidades colectivas tengan un derecho a la autodefensa y ciertamente no para hacer todo lo que lleve a su autodefensa. No pensamos que la Iglesia católica, la General Motors o incluso el Salzburg Seminar tengan este derecho. Esto es algo que tiene que ser justificado para casos específicos. Los intentos para justificarlo han pretendido de manera típica que el Estado-nación tiene algún tipo de derecho de propiedad sobre su territorio, o que hay algún derecho político fundamental para la elección de gobierno por parte de un pueblo que vive en un cierto lugar, o que existe un derecho a vivir dentro

de la cultura en la que uno ha nacido. Obviamente, esto no es algo que pueda discutirse en el tiempo que resta, pero una gran parte de la filosofía del Estado-nación ha planteado la cuestión, la cuestión moral, de qué fundamento, si es que hay alguno, tienen los derechos del Estado-nación para actuar en su propia defensa o para preservarse ellos mismos y en qué formas. Incluso asumiendo que hay tal derecho, ¿cuál es su alcance? Los realistas y mucha gente que habla sobre seguridad nacional piensan que existe un derecho a mantener e incluso fomentar los propios intereses económicos y los propios intereses ideológicos. Éstos obviamente van más allá de lo que podría estar basado en el simple derecho hobbesiano a la autopreservación física.

Una construcción de este derecho en el Derecho internacional hasta tiempos muy recientes era que el Estado-nación podía actuar en defensa propia cuando hubiesen sido violados sus derechos legales de cualquier tipo. El régimen de las Naciones Unidas ha estrechado este derecho considerablemente porque se pensó, yo creo que muy correctamente, que era excesivamente expansivo. Ciertamente, no es un derecho que pudiera defenderse en términos que pudieran en último término tratar la defensa en virtud del derecho de autopreservación física. El artículo 10 del Pacto de la Sociedad de las Naciones y el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas establece una construcción mucho más limitada de lo que es el derecho del Estado-nación. Consiste en la defensa de la integridad territorial y la independencia política contra ataques armados. Esto podría ser defendido quizá en términos hobbesianos, pero es mucho más limitado que el tipo de derecho que la mayor parte de los escritores y políticos realistas piensan que puede ser justificado en las acciones del Estado-nación.

Hay versiones más sofisticadas de este argumento y yo había pensado ocuparme de ellas, pero se hace tarde y me las saltaré. Un punto que es importante plantear, sin embargo, es que puede darse el caso de que un Estado-nación pueda dejar de existir sin que un sólo individuo pierda su vida y que, claro está, los intereses políticos y la seguridad de los individuos pueden con frecuencia mejorarse por la pérdida de territorio como en el caso, alguien podría decir, de Israel. Fue una elección deliberada de algunas colonias americanas y de algunos principados alemanes extinguir sus soberanías para incrementar tanto su seguridad como su identidad política y cultural.

Hay una tremenda equivocación con la analogía que estos escritores tienden a establecer entre los derechos de los individuos en un estado de naturaleza hobbesiano y los del Estado-nación en el ámbito internacional. El problema característico de este tipo de argumento es que los derechos que se desean defender en el ámbito internacional van más allá de lo que podría estar justificado en términos hobbesianos y yo diría, aunque esto exigiría mayor discusión, que mucho más allá de lo que puede ser justificado en cualquier tipo de términos moralmente aceptables. Tomemos el más expansivo de los derechos que mencioné, es decir, el derecho a preservar e incluso a incrementar la propia influencia económica. Esta es con frecuencia una exigencia simplemente injusta, injusta para con otros pueblos y naciones. Ten-

dría que ser rechazada, y ciertamente no puede ser justificada en términos hobbesianos.

Ahora tengo realmente que resumir lo último que deseaba decir, pero como sé que surgirá mañana en la discusión sobre la amenaza nuclear, permítaseme, para concluir, indicar cuál es su lugar en esta discusión.

Mucha gente concordará en que algo como lo que acabo de decir acerca de la base moral del Estado-nación es correcto. No se lo puede justificar en toda su extensión en términos hobbesianos o incluso de una moral más expansiva y tampoco podemos suscribir las fuertes exigencias que plantea en nombre del interés nacional, de la seguridad o de la autopreservación. Está también el hecho de que no se trata simplemente de que el Estado-nación actúe como si estuviera en un estado de naturaleza. Su situación en cuanto a la seguridad no es tan mala como la de los individuos en el estado de naturaleza. Como señalaba Spinoza, los Estados no duermen ni envejecen o enferman, y, como el propio Hobbes señaló, los Estados pueden seguir siendo industriosos y productivos incluso en condiciones de guerra o de amenaza de guerra. Y habría mucho más que decir a lo largo de estas líneas. Las relaciones entre muchos países son realmente muy buenas y amistosas y no se caracterizan en absoluto por el hobbesiano temor por la seguridad.

Muchos que admitirían esto, sin embargo dicen que la era nuclear nos ha hecho retroceder al estado hobbesiano en que cada acto es básicamente un acto de autodefensa, un acto mediante el que debemos perseguir el poder en orden de autopreservarnos. Piensan que debe hacerse esto sin ningún tipo de limitación y creen que las estrategias defensivas del tipo de una no-amenaza pueden haber sido características de anteriores períodos en la historia, pero ya no son posibles. Un país fuerte como los Estados Unidos, protegido en el siglo XIX por la marina británica y por dos océanos, estaba de hecho seguro y podía tener una estrategia básicamente defensiva que no significara una amenaza para otras naciones en aquellos días. Argumentaría que incluso hoy se pueden construir fortificaciones, prepararse para la guerra de guerrillas y adoptar diversas medidas de seguridad sin necesidad de amenazar a los otros. Se puede, en efecto, romper el dilema de la seguridad hobbesiano distinguiendo entre estrategias defensivas y estrategias que necesariamente parecen amenazar a otros y que con frecuencia son amenazas. Pero la cuestión es que con la era nuclear esta posibilidad ya no cabe.

A pesar de que esto sea reiterado por mucha gente, no creo que sea éste el caso. Se puede distinguir, incluso en la era nuclear, entre armas defensivas y ofensivas. De hecho uno puede fortalecerse controlando o incluso fortaleciendo a la otra parte en ciertas circunstancias. Por ello, pienso que existe una fuerte obligación moral de tratar de establecer un régimen nuclear en que construyamos únicamente armas de segundo golpe que no amenacen en el sentido en que las armas del otro tipo, de primer golpe, amenazarían a la otra parte. Hay otros mecanismos para efectuar la distinción antihobbesiana incluso en la era nuclear (en donde es todavía más importante hacerlo). Aunque vivamos en un estado de naturaleza nuclear, yo rechazaría el punto de vista de que en tal situación no hay obligaciones morales y

de que el lenguaje moral es irrelevante. Lo cierto es más bien lo contrario. Ahora existen obligaciones morales extremadamente claras, y quizás más urgentes que nunca, para la conducta internacional. De manera que incluso en la situación en que se puede hacer el mayor caso al análisis hobbesiano de la situación mundial, parece haber razones para que claramente la necesidad de pensar, hablar y actuar moralmente sea mayor que nunca. Pienso que incluso cuando el argumento hobbesiano parece más fuerte es un argumento muy débil. Pero esto es algo que podemos discutir y que ciertamente discutiremos más adelante.

(Traducción de Manuel Atienza)

N O T A S

PRECISIONES SOBRE RAWLS *

A *Theory of Justice* de J. Rawls supuso a principios de los años setenta la esperanza de que la filosofía política entraba al fin por una vía segura de la que cabía esperar un desarrollo constructivo y sistemático. Quince años después esa esperanza se desvanece de nuevo en manos del propio Rawls. Aunque sólo sea por ello la producción de Rawls merece un análisis detallado en que pueda atenderse a lo sucedido en cada uno de los pasos de una, por cierto, trabajosa, difícil y en ocasiones no poco confusa y tortuosa evolución. Por supuesto que un estudio sobre Rawls no siempre tiene por qué adoptar esa perspectiva y también es cierto que la principal obra de Rawls, *A Theory of Justice*, es susceptible de lecturas distintas a como Rawls la entiende ahora (Rawls 1985, 233), pero en cualquier caso, la proyección de la evolución de Rawls sobre un único plano, no puede conducir sino a una serie de confusiones que impiden ver lo que la obra de Rawls quiso ser, las dificultades a que se enfrentó y lo que para el propio autor ha resultado de ellas. Con el ánimo de aclarar algunas de estas confusiones, voy a comentar algunos aspectos del artículo «La justificación ética del derecho como tarea prioritaria de la filosofía política. Una discusión desde J. Rawls», publicado por A. Cortina en esta revista.

1. Dos aclaraciones previas

En una nota de pie de página del mencionado artículo se lee «En nuestro trabajo nos referiremos a la versión castellana, dado que reproduce en mayor medida la versión inglesa de 1973, que es la más conocida, y además contiene modificaciones efectuadas por el propio Rawls en la versión de Oxford» (pág. 129). Me temo que la autora da por sentado que existe más de una versión de *A Theory of Justice*. En realidad Rawls no ha mudado ni una coma del texto inglés de su obra, publicada por primera vez en Harvard y reeditada en 1973 en Oxford. La versión castellana de la obra no contiene, pues, «modificaciones efectuadas por el propio Rawls en la versión de Oxford», sino algunas modificaciones al texto original inglés hechas por el propio Rawls para la versión castellana y que sólo aparecen en ésta. Cabe, naturalmente, suponer que Rawls pensaba introducir esas modificaciones al texto en una nueva edición de la obra, pero no llegó a hacerlo. Probablemente la razón fue que las modificaciones tenían que ser tantas, que Rawls pensó más bien en la conveniencia de refundir sus conferencias y artículos posteriores a *A Theory of Justice* en un pequeño libro («El autor espera poder quizá reelaborar todos estos trabajos en un pequeño libro», se dice en la presentación del artículo de Rawls en la edición de las *Tanner Lectures* de 1981 [Rawls 1982, 21]).

* A propósito del artículo: «La justificación ética del Derecho como tarea prioritaria de la filosofía política. Una discusión desde J. Rawls», publicado por A. Cortina en DOXA, n.º 2, 1985, pp. 129-147.

Pasemos a una segunda aclaración relacionada asimismo con la producción de Rawls. «Tres etapas cabe distinguir», se nos dice al comienzo del artículo, «en el conjunto de su obra (de Rawls): una amplia fase de gestación, la publicación en 1971 de la *Teoría de la Justicia,* y la reveladora aparición de esos tres artículos que se congregan en torno al título «The Kantian Constructivism in Moral Theory» (pág. 129). Al no decírsenos de qué es «reveladora» la publicación de «El Constructivismo Kantiano», el lector se queda sin saber por qué ese artículo marca una tercera etapa en la obra de Rawls. Acaso haya que sobreentender que porque en él Rawls introduce por primera vez una importante «serie de cambios de puntos de vista y desplazamientos de acentos» (Rawls, 1985, 224), de revisiones, en suma, de lo dicho en *A Theory of Justice.* Mas si ése era el sobreentendido, habría sido menester, a mi juicio, mantenerlo presente desde el primer momento, pues parece más que relevante para lo que la autora se propone. En efecto, «en este artículo, añade, no pretendo hacer frente a un libro o a una etapa, sino a la intuición que guía la obra de Rawls, explicitada con mayor claridad en los últimos tiempos» (pág. 129). Esa «intuición» es, según la autora, «el afán de construir una teoría que describa nuestra capacidad moral; o dicho con más precisión, el afán de construir una *filosofía moral* » (pág. 129). Lamentablemente, el resultado de las revisiones de las que es «revelador» «El Constructivismo Kantiano», explicitadas, en efecto, con más claridad en los últimos tiempos, llevan a Rawls exactamente a la opinión contraria: «Me gustaría subrayar, por fin, que el título de esas conferencias: «El constructivismo kantiano en teoría moral» resultaba engañoso: como la concepción de la justicia de que estamos discutiendo es una concepción política, un mejor título lo hubiera sido «El constructivismo kantiano en filosofía política». La cuestión de si el constructivismo resulta razonable para la filosofía moral es una cuestión distinta y de tipo más general» (Rawls 1985, 224); la misma idea está ya bosquejada en (Rawls 1978, 49) y expresada en términos aún más terminantes en (Rawls 1982, 84-85); y es que la filosofía política de Rawls puede acoger en su seno filosofías morales muy distintas e incluso incompatibles. Otras revisiones llevan a cambios importantes en la articulación de la construcción; así la autora, siguiendo a (Rawls 1980, 527), dice: «Puesto que a nivel nouménico no existen intereses empíricos, los seres nouménicos sólo pueden decidirse a la hora de legislar por intereses morales» (pág. 140); Rawls, en cambio, (1982, 34) sentencia: «Nótese que en ningún punto del razonamiento de las partes (en la «posición original»), a éstas les preocupa el desarrollo y ejercicio del sentido de la justicia por mor de él mismo».

2. La justificación de una «Concepción moral» como «Tarea social práctica»

Pero pasemos a la cuestión del artículo y de particular importancia para entender la evolución de la obra de Rawls, la de la «justificación práctica». Rawls habla, en efecto, de que la justificación de una concepción de la justicia es una «tarea práctica» más que «un problema epistemológico o metafísico»; en otros momentos habla de que es una «tarea social práctica» (Rawls 1980, 519). ¿Qué quiere decir con ello?

Ante todo, me parece poco adecuado, e incluso un tanto disparatado, situar la cuestión en el terreno de las idiosincrasias culturales: «Rawls va a adoptar un método de justificación indudablemente anglosajón: recurrir al *common sense* y prescindir de las justificaciones metafísicas, tan caras al continente europeo... Naturalmente, semejante justificación práctica, anglosajona a todas luces, difiere en algunos aspectos importantes de la validez práctica kantiana, a todas luces germánica, aunque el método rawlsiano de justificación -el «equilibrio reflexivo»- recuerde en algunos de sus pasos la reflexión trascendental kantiana» (págs. 134-135). A mi juicio, el asunto tiene tan poco que ver con idiosincrasias culturales de anglosajones y germanos, que el concepto preciso de lo que la autora llama «validez práctica kantiana» (que, me temo, poco tiene que ver con la tarea social práctica de que habla Rawls) llega a la filosofía moral germana actual desde la filosofía anglosajona. Me explico: en 1981, hablando de Rawls, aunque sin mencionarlo, escribe Hare: «La apelación a intuiciones morales no puede ser nunca suficiente como base para un sistema moral. Ciertamente que es posible, y algunos pensadores de nuestro tiempo lo han hecho, recoger todas las opiniones morales de las que ellos y sus contemporáneos se sienten más seguros, encontrar algún método relativamente simple o aparato que pueda representarse, con un poquito de toma y daca, y hacer supuestos plausibles acerca de las circunstancias de la vida como generadoras de esas opiniones; y después declarar que éste es el sistema moral que, tras haber reflexionado, hemos de admitir como el correcto. Pero no tienen base alguna para esta pretensión allende las convicciones mismas de que partieron, en favor de las cuales no se dio ni una sola razón o argumento. El «equilibrio» que han alcanzado es un equilibrio entre fuerzas que podrían haber sido generadas por el prejuicio; ni por mucha reflexión que pongamos, puede esto convertirse en una base sólida de la moralidad. Dos sistemas que fueran mutuamente inconsistentes podrían ser defendidos entrambos por esta vía; y lo único que ello demostraría es que sus defensores han nacido en distintos entornos» (Hare 1981, 12). Con algo más de indulgencia, pero en la misma vena, y mencionando ya a Rawls, escribe cuatro años después: «Apelando a su propio sentido de la justicia, Rawls llega a conclusiones muy diferentes (de aquellas a que llega Nozick apelando al suyo). Para ser justos con Rawls, él sí tiene, a diferencia de Nozick, un método de razonamiento moral. Pienso que es un buen método y que llegaría a las conclusiones correctas si fuera empleado consistentemente... Pero Rawls vicia su procedimiento apelando continuamente a sus intuiciones morales, que espera que sus lectores compartan. No le basta con estribar sólo en el método... Lo mismo que Rawls, yo pienso que lo primero que hay que buscar son principios de justicia, determinantes de los derechos, *que sean aceptables para el pensamiento racional.* Pero a diferencia de Rawls, que más bien desprecia toda apelación a la lógica de nuestros conceptos, pienso que la forma de encontrar esos principios es, primero, estudiar nuestro lenguaje y conceptos morales... Esos conceptos y su lógica determinarán para nosotros ciertas reglas que hemos de obedecer al pensar si es que queremos hacerlo racionalmente. Cuando lo hacemos de acuerdo con esas reglas, encontramos que, a la luz de los hechos del mundo en que vivimos, algunos principios de justicia u otros principios morales son

aceptables, y otros no lo son. Es así como llegamos a nuestros principios de justicia» (Hare 1985, 6-7).

Provistos de esos criterios de moralidad o de justicia podemos enjuiciar expectativas generalizadas de comportamiento (normas) (explícitamente formuladas o no, jurídicamente respaldadas o no, constituidas jurídicamente o existentes con anterioridad a su sanción jurídica), considerándolas legítimas o ilegítimas, y podemos hablar con sentido de que hay expectativas sociales de comportamiento que no *debería* haber y de que no hay *tales* o cuales expectativas sociales de comportamiento que debería haber, o refiriéndonos a las acciones podemos hablar, asimismo con sentido, de que una actuación es indefendible por no atenerse a una expectativa de comportamiento que es legítima, o que una actuación que quebranta una expectativa de comportamiento es defendible porque la expectativa que quebranta es ilegítima, y podría ajustarse a otra que no existe, pero que *debería* existir. Naturalmente, que con estas simplificaciones no pretendo entrar en la cuestión de la distinción entre moral y derecho. Sólo pretendo subrayar lo siguiente: ni los principios son válidos porque su formulación refleje un «estado de cosas» que, por ser un estado de cosas existente, convierta a los principios formulados en «verdaderos», ni las expectativas de comportamiento son legítimas porque su formulación refleje un estado de cosas que por ser un estado de cosas existente convierta a su enunciación en «verdadera», sino que los principios son válidos porque han sido obtenidos conforme a las reglas que nuestros conceptos morales y su lógica determinan, y las expectativas generalizadas de comportamientos son legítimas por ser acordes con esos principios. Dicho de otro modo: nuestros conceptos (y su lógica) relativos a la «regulación de la conducta» definen un ámbito de validez distinto de nuestros conceptos (y su lógica) relativos a nuestras «descripciones del mundo». O en términos de Wittgenstein: que, siendo ambos actividades regidas por reglas, las cuales determinan la aceptabilidad o no aceptabilidad de los resultados, «describir el mundo» y «regular la conducta» son dos juegos de lenguaje distintos. O dicho aún de otra manera: que la función del lenguaje en la que empleamos con sentido los términos «bueno y malo, justo e injusto, legítimo e ilegítimo» es distinta de la función del lenguaje en que podemos emplear con sentido los términos «verdadero y falso». Las normas no son, pues, ni verdaderas ni falsas. Esta idea fue enérgicamente introducida por Stevenson en su crítica a Moore; Stevenson sacó de ella la conclusión (afín a la del positivismo filosófico y jurídico) de que, siendo así, el «razonamiento normativo» carece de reglas lógicas con que decidir sobre su validez, no ocultándose tras él sino un querer y un poder, a lo sumo ilustrados por la ciencia, porque sólo para el lenguaje de la ciencia cabe señalar tales reglas. «El programa de Hare», basado en lo que significaron en el contexto de la filosofía anglosajona filosofías del lenguaje como las de Wittgenstein y Austin, conforme al cual la tarea de la filosofía moral es explicitar la lógica del lenguaje normativo, la lógica de la «validez práctica», ha determinado el desarrollo de la filosofía moral contemporánea desde los años cincuenta.

Lo que por simplificar he llamado «programa de Hare», es decir, las obras de Hare, Baier, Singer, Toulmin, etc. son recibidas en Alemania a mediados de los años sesenta, y determinan los planteamientos de Lorenzen, Schwemmer, Kambartel, Habermas, Apel, Schnädelbach, Wellmer, Tugend-

hat, etc. Ni siquiera hay que esperar a la filosofía germana para que el planteamiento formulado por Hare en la cita que hemos alegado sea puesto directamente en relación con Kant. De ello se había encargado expresamente Baier, por ejemplo, en los años cincuenta. Ciñéndome sólo a los autores que se citan en el artículo que vengo comentando: Habermas apela directamente a esa tradición, Tugendhat hace otro tanto, Apel no sólo parte de ella, sino que se remonta a tradiciones anglosajonas aún más añejas como es el pragmatismo de Peirce, Wemmer dedica buena parte de su monografía sobre «la universalización en la ética» a la ética normativa que cuaja desde los años cincuenta en el mundo anglosajón, sin encontrar, respecto a la filosofía germana, diferencias dimanantes de diosincrasias culturales, sino una discusión sobre lo mismo en los mismos términos, Alexy en su «teoría de la argumentación jurídica» no encuentra modo mejor de introducir la teoría ética de Habermas, para pasar después a la idea de discurso jurídico como forma especializada del discurso práctico, que partir de los desarrollos de la filosofía anglosajona del lenguaje moral. Naturalmente, entre los autores mencionados existen importantes, y aún decisivas, diferencias en relación con lo que sea la lógica de nuestro lenguaje y conceptos morales y, por consiguiente, en relación con cuáles son y qué estatuto ha de atribuirse a las reglas que han de regir el razonamiento práctico para que el resultado pueda considerarse correcto. Pero en cualquier caso: a) el estudio de nuestros conceptos y de su lógica, que determinan tales reglas es, por supuesto, una tarea *epistemológica* (en un sentido razonablemente lato de este término) [1], ¿qué otra cosa podía ser?, y b) las diferencias entre los distintos planteamientos son disputas de familia cuando las comparamos con..., por ejemplo, «el desprecio de Rawls por toda apelación a la lógica de nuestros conceptos».

En efecto, desde el principio Rawls piensa que la cuestión fundamental de la ética es «la de si existe o no existe un procedimiento de decisión para validar o invalidar reglas morales dadas o propuestas y aquellas decisiones tomadas sobre la base de ellas» (Rawls 1951, 371), de suerte que las normas y decisiones que resistan la prueba de ese procedimiento puedan considerarse válidas («objetivas», dice Rawls). Con lo que, para entendemos, hemos llamado «programa de Hare» Rawls comparte asimismo la opinión de que la función del lenguaje moral no es describir ni un mundo empírico ni un mundo metaempírico («la cuestión de la objetividad del lenguaje moral no tiene que ver con la cuestión de si existen ideal *value entities»),* pero de lo que está también seguro es de que la cuestión de si existe o no existe tal procedimiento de decisión poco tiene que ver «con el significado de los términos éticos» (Rawls 1954, 377), nada tiene que ver «con el sentido de las expre-

1 En un sentido en que vendría a coincidir con «teorética». Lo que se entiende por fundamentación de lo que se está diciendo, en obras tales como *Principia Ethica* de Moore, la *Teoría General* de Keynes, *El lenguaje de la Moral* de Hare *o* los *Principia Mathematica* de Russel y Whitehead difícilmente podría calificarse como «tarea social práctica». Rawls, como veremos, escoge el término «epistemológico» en su discusión con el intuicionismo racional, al objetar que éste concibe al agente moral como *knower* (cognoscente), pero es obvio que de ello no se sigue que toda filosofía moral que conciba al agente como agente haya de entender su propia fundamentación como tarea social práctica.

siones éticas o con su significado lingüístico» *(ibid.).* Evidentemente, desde el principio Rawls se aparta de la corriente de pensamiento ético contemporáneo que, por citar dos títulos para fijar ideas, va de «El lenguaje de la moral» de Hare a «Conciencia moral y Acción Comunicativa» de Habermas. El caso es que dentro del planteamiento a que se atiene esta corriente, hemos obtenido a lo menos un esquema razonablemente claro de «validez práctica». Como Rawls piensa desde el principio que tal planteamiento no lleva a ninguna parte (y podría tener razón) la cuestión es cómo articular y justificar tal «procedimiento de decisión» (si es que es hallable) y cómo formular respecto a él el correspondiente concepto de «objetividad». En cuanto a lo primero, la respuesta de Rawls desde 1980 es : el establecer un procedimiento ético-político de decisión es una «tarea social práctica».

3. *Una celada al lector*

Por supuesto, que uno puede muy bien compartir el escepticismo de Rawls respecto a la filosofía moral contemporánea, ligada casi toda ella al giro lingüístico, pero antes de tratar de dar sentido a esa expresión de Rawls, se ha de evitar caer en una curiosa celada que en la sección sobre «constructivismo y objetividad» de «El Constructivismo Kantiano» Rawls parece tender al lector, en la que él está muy lejos de caer y que constituye más bien por su parte una estrategia de evitación o parte de un método general, que más tarde llamará «método de evitación» *(method of avoidance).*

Me parece que la autora del artículo que venimos comentando no la evita. «Los adversarios a los que John Rawls se enfrenta explícitamente -dice- son aquellos que dominan el área anglosajona en materia de filosofía práctica - el utilitarismo y el intuicionismo racional» (pág. 132). Naturalmente, el «intuicionismo racional» no domina, junto con el utilitarismo, el área anglosajona en materia de filosofía moral. Tal posición tiene hoy pocos representantes, si alguno. Decir que el intuicionismo racional es hoy dominante en la filosofía moral anglosajona sería tanto como decir que el equivalente del intuicionismo anglosajón, la filosofía de los valores (forma exuberante del intuicionismo anglosajón o, viceversa, el intuicionismo anglosajón forma anémica de la filosofía germana de los valores) domina el área germánica en materia de filosofía moral. En el área anglosajona el intuicionismo es hoy una corriente en todo caso marginal, y desde luego nada significativa en la evolución de la filosofía moral desde los años cincuenta. Y similar es la situación de la filosofía germana de los valores desde, digamos, principios de los años sesenta.

Por supuesto que Rawls lo sabe, y así dice que, supuesta la interpretación que Sidgwick dio de Kant en su *Methods of Ethics* (1874), «como el planteamiento kantiano es el ejemplo histórico pionero de una doctrina constructivista, el resultado es que el constructivismo no encuentra lugar en los *Methods.* La situación no cambia si tomamos en consideración otra obra pionera, los *Ethical Studies* (1876) de Bradley; siguiendo a Hegel, Bradley probablemente consideró la ética de Kant como puramente formal y carente de contenido... El resultado de esas interpretaciones formales de Kant fue que el constructivismo no se reconoció como una concepción moral. Esta

falta no fue subsanada *en la primera mitad de este siglo;* pues en este período, empezando por los *Principia Ethica* de Moore, el interés recayó principalmente en el análisis filosófico y en la trascendencia que ese análisis podía tener para la justificación considerada como un problema epistemológico y para la conclusión de si sus resultados apoyaban o negaban la idea de verdad moral. *Durante ese tiempo,* sin embargo, el utilitarismo y el intuicionismo hicieron notables progresos. Todavía está por alcanzar una comprensión del constructivismo kantiano que esté a la altura de la idea que tenemos de esos puntos de vista» (Rawls 1980, pág. 556). El autor de *A Theory of Justice* es aquí un tanto injusto. Pues pase que la filosofía moral kantiana de nuestros días esté muy lejos de alcanzar el grado de articulación alcanzado por el utilitarismo contemporáneo; para convencerse de ello basta estar mínimamente familiarizado con, por ejemplo, la revista *Theory and Decision;* pero que desde los años cincuenta hasta 1980 en que Rawls pronuncia sus lecciones sobre el «constructivismo kantiano» no hay nada en filosofía moral con un grado de articulación parecido a lo que representan Moore o Ross es sencillamente indefendible. Digamos más bien que Rawls, por de pronto, elude la discusión con esa filosofía moral kantiana; en esas mismas lecciones sobre el «constructivismo kantiano» empezará a hacer de esa evitación virtud, para convertirla clara y decididamente en virtud en los escritos posteriores.

Tras dejar al lector incauto en la celada, Rawls se apresta en «El constructivismo Kantiano» a explicar por qué la tarea de justificar una concepción moral no es una tarea *epistemológica,* sino práctica. Reducido a un enfrentamiento con el intuicionismo, la parte negativa de la explicación es fácil. Rawls se limita a evocar lejanamente las críticas hechas desde los años treinta a la confusión entre las funciones del lenguaje que son «describir el mundo» (ya se entienda éste como mundo empírico o como un mundo de «ideal value entities») y «regular la conducta». Para el intuicionismo, dice, «los primeros principios de la moral (ya sean éstos uno o varios), cuando se los establece correctamente, son proposiciones autoevidentes acerca de lo que ha de entenderse por buenas razones a la hora de aplicar cada uno de los tres conceptos morales básicos (el del bien, el de lo justo y el de valor moral)» (Rawls 1980, 557). Esta tesis del intuicionismo implica «que el acuerdo en el juicio, que tan esencial es para una concepción públicamente efectiva de la justicia, se funda en la captación de verdades autoevidentes acerca de lo que son buenas razones» *(ibid.).* Tesis a la que, por cierto, hay que añadir el supuesto psicológico adicional de que «la captación de los primeros principios como verdaderos da lugar, en un ser capaz de intuir racionalmente esos principios, a un deseo de actuar conforme a ellos por mor de ellos mismos» (Rawls, 1980, 560), pues de otro modo no se vería qué tendrían que ver tales principios con nosotros en tanto que «seres capaces de lenguaje y de acción». Resulta, sin embargo, extraño que Rawls no prosiga el razonamiento mostrando la aporética de estas tesis, dirección que históricamente fue la tomada por los críticos del intuicionismo racional en la primera mitad de este siglo; insiste en afirmar que el método constructivista que él adopta, comporta la suposición de que «no existen tales hechos morales, a que los principios adoptados hubieran de aproximarse» y que hubieran de ser objeto de intuición. Mas como esta última afirmación forma

parte del «programa de Hare» y la elucidación de las reglas a las que ha de obedecer la adopción de principios y normas que puedan considerarse correctos, es desde luego tarea *epistemológica*, seguimos sin saber qué entiende Rawls por justificación práctica o por justificación de una concepción de la justicia como «tarea social práctica».

No deja de ser sospechoso que en el mismo contexto Rawls se ufane de poder dejar de lado cualquier teoría de la verdad: «Es importante notar que no hay que hacer suposición alguna acerca de una teoría de la verdad. Un planteamiento constructivista no ha menester una explicación idealista o verificacionista, en cuanto opuesta a realista, de la verdad. Sea cual fuere la naturaleza de la verdad en el caso de las creencias generales sobre la naturaleza humana o acerca de cómo la sociedad funciona, lo que una teoría moral constructivista requiere es un procedimiento de construcción claro que permita identificar los primeros principios de justicia. En la medida en que la doctrina moral de Kant depende de lo que a algunos pueda parecerle ser una explicación constructivista de la verdad en la primera Crítica, la justicia como equidad se aparta de ese aspecto del planteamiento de Kant y trata de mantener la estructura general de su concepción moral apartada de ese trasfondo» (Rawls 1980, 566). Digo que tal posición es sospechosa porque el lector (que al leer anteriormente que «el interés recayó principalmente en el análisis filosófico y en la trascendencia que ese análisis podía tener para la justificación considerada como un problema epistemológico y para la conclusión de si sus resultados apoyaban o negaban la idea de verdad moral», antes de caer en la cuenta de la cautela «en la primera mitad de este siglo», había preguntado a Rawls si la última afirmación era también exacta en el caso del análisis ligado a Wittgenstein y a Austin) empieza a barruntar que lo que Rawls no tiene ni pretende tener es un concepto claro de validez, ni teórica ni práctica; sin el trasfondo de la primera Crítica, por ejemplo, Kant no hubiera podido proceder a justificar su «concepción moral» en la tercera parte de la «Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres», pues no hubiera podido dar un paso en lo que allí entiende por mostración de las condiciones de posibilidad del imperativo categórico.

Pero la sospecha pasa por una etapa de perplejidad. En un momento, Rawls nos dice que en los razonamientos que ha hecho contra el intuicionismo racional, en realidad «no se ha mostrado que el intuicionismo racional sea falso ni que no pueda constituir una posible base para el necesario acuerdo en nuestros juicios de justicia» (Rawls 1980, 570). La intención del autor sólo fue «definir el constructivismo kantiano por contraste con el intuicionismo, pero no defenderlo, ni mucho menos argumentar que el intuicionismo racional estuviera equivocado. En todo caso, el constructivismo kantiano sólo tiene por fin establecer que la noción de objetividad del intuicionismo racional es innecesaria para la objetividad» *(ibid.)*. Perplejidad por partida doble: el lector familiarizado con las éticas kantianas de la actualidad sabe muy bien que la noción de «objetividad» del intuicionismo (los principios morales son verdaderos porque reflejan la captación de «ideal value entities») no es menester, como queda dicho, para la «objetividad» (validez práctica) de los juicios morales, pero había supuesto que esto era así sencillamente porque el intuicionismo racional era una doctrina equivocada o falsa, y porque además contaba con una manera alternativa de explicar razona-

blemente los conceptos de «objetividad» o validez práctica»; y segundo, porque al leer en las páginas anteriores que «para Kant el intuicionismo racional era también heterónomo... pues la idea kantiana de autonomía exige que no exista tal orden de objetos dados, que determinen los principios de lo correcto y lo justo entre personas morales libres e iguales», el lector había entendido que Rawls por su parte entiende esta objeción de Kant como una correcta objeción contra el intuicionismo, lo que supone que el intuicionismo racional es indefendible, lo que, a su vez, aproximadamente puede querer decir: que el intuicionismo es una teoría equivocada o falsa. Pues si no, el que nos mostremos poco propensos a aceptar una ética que no sea autónoma, sería problema a cargar a cuenta de nuestros prejuicios; ya Aristóteles, precisamente en su teoría ética, se había visto en el trance de tener que escoger entre Platón y la verdad.

La perplejidad se convierte en decepción cuando el lector vuelve hacia atrás y oye a Rawls interpretar la muy correcta afirmación (que aquí no nos ocupa) de que una doctrina kantiana de la autonomía «no necesita negar que los procedimientos por los que se seleccionan los primeros principios son sintéticos a priori». Pero «esta tesis, añade Rawls, es menester interpretarla adecuadamente. La idea esencial es que tales procedimientos han de estar adecuadamente fundados en la razón práctica, o, más exactamente, en nociones que caractericen a las personas como razonables y racionales y que sean parte integrante de la forma en que, como tales personas, se representan a sí mismas su personalidad moral libre e igual» (Rawls 1980, 559). Habida cuenta de que por esto último simplemente hay que entender las «deep-seated convictions and traditions» vigentes en un estado democrático moderno, el «más exactamente» no pone exactitud en nada, simplemente denota que Rawls no tiene un concepto de razón práctica, lo toma, a lo sumo, prestado de Kant sin revalidarlo. Y ahora entiende el lector la afirmación con que se abre la discusión acerca de la objetividad de la concepción moral que Rawls sustenta: «Esta explicación de la objetividad implica que... los principios de justicia (propuestos) son los más razonables para nosotros, dada nuestra concepción de las personas como libres e iguales y como miembros plenamente integrados de una sociedad democrática» (Rawls 1980, 554). Es decir, el autor parte de un «prejuicio cultural» al que no se somete a prueba ni a revalidación. Lo único que pretende es que, dado ese «prejuicio», los principios que propone constituyen su explicitación más plausible, y es a esto a lo que Rawls llama «objetividad», objetividad por tanto que no tiene nada, absolutamente nada que ver, ni con el concepto kantiano de validez práctica ni con el concepto de validez práctica de las éticas kantianas de la actualidad. Por otro lado, la construcción no puede tener más valor que el prejuicio de que se parte, prejuicio en favor del cual, como escribe Hare, «no se ha dado ni una sola razón». Ahora bien, Hare, Baier, Habermas, Tugendhat, etc., al analizar los conceptos, al hacer afirmaciones sobre la estructura del lenguaje, al determinar las reglas que la lógica de esto o aquello implica, etc., no pueden menos de pretender estar en lo cierto, lo que aproximadamente puede querer decir: de tener una teoría que es verdadera. Una teoría, empero, que sabe que no tiene más valor que el «prejuicio» de que parte, pues que confiesa no revalidarlo, y al que en «The Kantian Constructivism», frente a *A Theory of Justice,* se acaba incluyendo en

la propia construcción, no puede presentarse «with a claim of truth» (con una pretensión de verdad). Ahora bien, una teoría que no pretenda ser verdadera, no es una teoría. Pero si *A Theory of Justice,* tal como el autor la entiende desde «The Kantian Constructivism», no pretende ser verdadera, ¿qué pretende ser entonces? Pretende convencer a los ciudadanos de las sociedades democráticas de que, dada la comprensión que tienen de sí como iguales y libres, pese a las diferencias que los dividen acerca de cómo traducir a instituciones básicas tal comprensión, escarbando en ella es posible encontrar una base de acuerdo que pueda resultar aceptable para todos. *A Theory of Justice,* «as I understand it now» dice Rawls, no pretende ser verdadera, sino *política,* una tentativa de allanar profundas desaveniencias. De ahí que la justificación de la concepción que Rawls propone no sea una justificación epistemológica, sino «una tarea social práctica», es decir, política. Y por supuesto, algo que no se presenta con la pretensión de ser verdadero, sino sólo con la pretensión de allanar diferencias, «with a political claim», en suma, queda aquende la cuestión de relativismo o no relativismo.

4. *Mirada hacia atrás y nueva perspectiva*

Recordemos de nuevo la formulación original del programa de Rawls (1951). La cuestión fundamental de la filosofía moral es la de «si existe un método razonable para validar o invalidar reglas morales dadas o propuestas y las decisiones tomadas sobre la base de ellas. Pues decir que el conocimiento científico es objetivo es decir que las proposiciones en que se expresa puede evidenciarse que son verdaderas mediante un método razonable y fiable, es decir, por las reglas y procedimientos de lo que podemos llamar «lógica inductiva»; similarmente, para establecer la objetividad de las reglas morales, y las decisiones basadas en ellas, tenemos que contar con un procedimiento de decisión que sea a la vez razonable y fiable, por lo menos en algunos casos, para poder decidir sobre reglas morales y líneas de conducta atenidas a ellas... podemos concebir la ética como algo más próximo al estudio de la lógica inductiva que a cualquier otro tipo de investigación. Así como en lógica inductiva, de lo que se trata es de descubrir criterios razonables que, cuando nos encontremos con una proposición o con una teoría, junto con la evidencia empírica que la respalda, nos permitan decidir en qué medida debemos considerarla verdadera, así también en ética tratamos de encontrar principios razonables que, cuando nos encontremos con una propuesta de línea de conducta y con la situación en que ha de ponerse por obra, y con los intereses relevantes a que afecta, nos permita determinar si debemos o no traerla a ejecución y sostener si es justa o correcta» (Rawls 1954, 371-372).

Pues bien, hace unos años, al dar vueltas y más vueltas a *A Theory of Justice,* al preguntarse en qué se asentaba en definitiva toda aquella construcción fijándome sobre todo en conceptos tales como «objetividad», «validez normativa», justificación, explicación, etc. creí darme cuenta de que todo ello constituía en Rawls un laberinto, que, o se desmontaban metódicamente sus piezas para ver qué contenían o uno se perdía irremediablemente en él. En un artículo titulado «La estructura inconsistente de *A Theory*

of Justice» creí poder responder que en la ejecución de su programa inicial Rawls había emprendido un camino equivocado; había adoptado un concepto de «explicación», no abandonado, sino potenciado en *A Theory of Justice,* que estaba muy lejos de ni siquiera poder empezar a dar razón de nuestro *sense of justice;* que la brillante construcción que es la «posición original» no era en definitiva más que una construcción especular que, en efecto, explicita lo que son nuestras convicciones sobre los problemas de justicia, pero sin poder decidir en ellas lo que es razón y lo que es prejuicio; que, sin embargo, Rawls, estribando en Kohlberg, sí que iniciaba en esa obra una genuina explicación o teoría de nuestro sentido de la justicia, porque llegaba a una explicación que sólo valía para las «sociedades bien ordenadas», sin que llegara a saberse qué tenía que ver ese sentido de la justicia cuya explicación genética se daba (interpretando a Kohlberg) para las sociedades bien ordenadas, con nuestro sentido de la justicia; la teoría de la justicia se ensimismaba; que en vista de estas dificultades, que el propio Rawls percibía, en lo que en verdad Rawls estribaba y a lo que de verdad recurría era a la «interpretación kantiana de la posición original», la cual, sin embargo, en *A Theory of Justice* era una pieza independiente y aun extraña; independiente, porque en realidad a Kant no se le revalidaba; y extraña, porque al concebirse la teoría de la justicia como parte de la teoría de la decisión racional y, consiguientemente, al definirse a las partes como provistas sólo de racionalidad económica, la «interpretación kantiana» no era sino un aura que envolvía a la situación original haciendo plausibles sus características como situación en que las partes habían de decidir, sobre todo el «velo de ignorancia», pero no algo que pudiese integrarse en la construcción, pues mezclar a Kant con la teoría de la decisión racional era pretender mezclar el agua con el aceite.

Cuando apareció el artículo «The Kantian Constructivism» me sentí confirmado en esa interpretación y en el prólogo a un pequeño libro en que apareció dicho artículo escribí: «En nuestro estudio insistíamos en que a lo largo de *A Theory of Justice* la interpretación kantiana se convertía en una premisa independiente y con peso propio a la que tenía que apelarse siempre que en el razonamiento se invocaba explícitamente la posición original, pues ésta pendía enteramente de aquélla, y más en concreto, insistíamos también en que la deseabilidad categórica de que se dotaba a la primera serie de bienes primarios (libertades), o era arbitraria o dependía también por entero de aquella interpretación. Pues bien, así es. Si el lector entendió, como es mi caso, que la posición original, junto con nuestro *sense of justice* que era la base de la explicación, representaban para Rawls elementos capaces de sostenerse a sí mismos con independencia de la interpretación kantiana, o Rawls se explicó mal o el lector entendió peor, aunque parece que en «The Kantian Constructivism» Rawls parece dispuesto a repartir equitativamente entre el autor y el lector la responsabilidad del malentendido» (Jiménez, 1983, 8). Y como por supuesto las convicciones a que se acomoda la concepción kantiana de la persona es algo que se considera dado, en el mismo prólogo concluía: «En algún momento afirma Rawls que «la tarea real de justificar una concepción de la justicia no es primariamente una tarea epistemológica», sino una tarea práctica; se trataría primordialmente de hacer frente al desacuerdo que existe en nuestras sociedades democráticas sobre principios

de justicia. Pero esto es hacer de la necesidad virtud; pues no veo cómo podría quedar afianzado nuestro «sentido común moral» en momentos en que se siente «dudoso e inseguro» con sólo recordarle las convicciones de las que se siente dudoso e inseguro. Es posible que también en asuntos de «filosofía práctica» nada haya más práctico que una buena teoría. Y es esto lo que no puede proporcionar Rawls» *(ibid.).* Sin necesidad de retirar ni una palabra de este juicio, me parece, sin embargo, que se basa en un razonamiento implícito que a la luz de los artículos posteriores a «El Constructivismo Kantiano» creo que es falso; este razonamiento implícito podría explicitarse del siguiente modo: «Puesto que Rawls se ve obligado en definitiva a acogerse a Kant sin contar al cabo con elementos conceptuales suficientes con que poder validarlo, recurramos a la teoría ética contemporánea cuya principal preocupación es precisamente validar a Kant, pues sean cuales fueren las ventajas que ofrece la discusión de contenidos que Rawls lleva a cabo, ésta siempre podrá seguirse desarrollando en el contexto de aquellas teorías; las cuales ofrecen además la ventaja de evaluar la construcción de Rawls; no entiendo, pues, a qué viene tanta alharaca en torno a cosa tan desprovista de base como es esta obra».

Pero ante la vacuidad de las revalidaciones contemporáneas de la ética kantiana (pese a todas las recetas para darles contenido histórico y de actualidad mediante «génesis fácticas» y las correspondientes «génesis normativas» (Lorenzen), que están aún por hacer, o construyendo «ciencias crítico-reconstructivas», por ejemplo, una «Ideologiekritik» (Apel), que no se sabe de verdad qué forma podrían adoptar hoy, pues las del pasado se hallan en estado más bien precario; o ante el expectante escepticismo que no pueden menos de producir la magnitud y lo arduo de los programas de teoría sociológica en los que hoy se inserta o con los que se articula la renovación de la ética kantiana cuando de verdad quiere empezar a servir para algo (pienso sobre todo en Habermas), creo que este razonamiento no es sostenible. Supone, en efecto, que *A Theory of Justice* debe medirse por la formulación de aquel programa inicial y que, por este lado, otros han hecho mucho mejor lo que Rawls pretendía hacer. A la luz de «El Constructivismo Kantiano» y de los artículos que le han seguido, me parece que queda claro que Rawls piensa que no necesita medir su obra con esa pretensión inicial, sino que puede correctamente decir que ahora puede entender las cosas de otra manera y que *A Theory of Justice* perfectamente se acomoda a este nuevo entendimiento. Expresando las cosas un tanto abruptamente: Rawls puede decir que no ha pretendido desarrollar ni una teoría ético política ni una filosofía moral de la que aquella pudiera ser parte, sino una «concepción política» (Rawls) que se acomode a la autocomprensión que tienen de sí los miembros de las sociedades democráticas y contribuya a allanar las diferencias acerca de cómo pueda traducirse a instituciones tal comprensión.

Pero, ¿no es esto lo de sobra sabido acerca de Rawls? Sí, pero con tal que se saquen las consecuencias de ello, que no solemos sacar, pues propendemos a reabsorber de nuevo a Rawls en lo que Rawls no quiere ser. Esa intención hay que tomarla como punto de partida, por así decirlo, absolutamente primero, por detrás del cual no puede preguntarse a la obra, porque no es sólo que ésta no tenga medios para responder, que no los tiene, sino que adredemente elude el tenerlos. Rawls -y esto no puede menos de resultar

atrayente- pretende, supuesta la comprensión que de sí tienen los miembros de las sociedades democráticas, poder construir para éstos un *marco de razonamiento* en que sea posible la discusión ético-política y la «autoaclaración». El punto de Rawls está en decir que de poseer aquellos elementos que le acusamos de no poseer, no podría construir ese marco. Acusar a Rawls de no contar con aquellos elementos, como fue mi caso, pienso que es malentenderlo, al menos tal como éste ve su obra a partir de «El constructivismo Kantiano»; suponer que los tiene y querer poner su obra a la par de la filosofía kantiana contemporánea, como una modalidad más de ella (como pudieran ser la de Hare, Baier, Habermas, Apel, Tugenhat, etc...), es perderse en un laberinto de confusiones, pues implica atribuir a Rawls lo que este expresamente no quiere ser. Voy a tratar de hacer plausibles estas afirmaciones, para pasar después al artículo que vengo comentando.

5. *Aviso al filósofo político: sea superficial, filosóficamente hablando*

Antes he mostrado una cierta perplejidad retórica porque Rawls daba la espalda al «intuicionismo racional», dejando de lado que fuera verdadero o no y se acogía a lo que entendía por «constructivismo» de Kant, sin que ello significara «defenderlo». Pues bien, estas afirmaciones hay que tomarlas tal cual están hechas. «Trato de evitar las controversias filosóficas siempre que sea posible y busco la forma de eludir los prolijos problemas de la filosofía. Así, en lo que he llamado constructivismo kantiano, trato de evitar el problema de la verdad y la controversia entre realismo y subjetivismo acerca del status de los valores morales y políticos» (Rawls, 1985,230). Y es que «no podemos pedir demasiado de una concepción de la justicia». «Una teoría de la justicia cumplirá su papel social, con tal que personas igualmente conscientes y que compartan a grandes trazos unas mismas creencias, si aceptan el marco de deliberación erigido, lleguen normalmente a una suficiente convergencia de juicio necesaria para poner en obra una efectiva y equitativa cooperación social. Mi discusión acerca de las libertades básicas hay que verla a esta luz» (Rawls 1982, 84). La teoría de la justicia va dirigida «a los ciudadanos en un régimen constitucional. Les ofrece una manera de concebir su común y (constitucionalmente) garantizado status como ciudadanos iguales y libres y trata de conectar una particular comprensión de la libertad y la igualdad con una particular concepción de la persona, afín a las nociones compartidas y a las convicciones esenciales implícitas en la cultura pública de una sociedad democrática» *(ibid.,* 85). Pero ha de quedar bien claro que «el papel de una concepción de la persona en una concepción de la justicia política es distinto de su papel en un ideal personal o asociativo, o en una forma religiosa o moral de vida» *(ibid.,* 85), o incluso en una «teoría moral comprehensiva». En una concepción política de la justicia se supone, primero, «que las personas se conciben a sí mismas, y mutuamente, en posesión de la capacidad moral de tener una concepción del bien... Segundo, que los ciudadanos se consideran libres en que se ven a sí mismos como «selforiginating sources of valid claims»..., y tercero, que son considerados capaces de responsabilizarse de sus fines» (Rawls 1985, 243). Mas es esencial subrayar «que los ciudadanos pueden mirar sus asuntos personales o, en la vida interna de las asociaciones a las que pertenecen, pueden muy

bien mirar sus fines últimos y sus vinculaciones de forma muy distinta que la implicada por la concepción política» *(ibid.,* 241). Pretender otra cosa sería confundir la concepción política de la justicia con «una teoría moral general» sin percatarse de que «la concepción de la justicia como ideal moral comprehensivo sería incompatible con otras concepciones del bien, con otras formas de vida personal, moral y religiosa, consistentes con la justicia y que, por tanto, tienen adecuado lugar en las sociedades democráticas. Como ideales morales comprehensivos la autonomía (Kant) y la individualidad (Mill) son inadecuados para una concepción de la justicia. Tal como los exponen Kant y Mill son ideales morales conprehensivos que, pese a su gran importancia en el pensamiento liberal, van demasiado lejos cuando se los presenta como el único fundamento apropiado para un régimen constitucional. Cuando se lo entiende así, el liberalismo no es sino una doctrina sectaria más» *(ibid.* 246). Pues, aún suponiendo que Kant y Mill tuvieran en sus teorías morales toda la razón del mundo, la concepción rawlsiana de la justicia «no se basa en toda la verdad, si por toda la verdad han de entenderse las verdades de la religión y de la filosofía, de la doctrina moral y la doctrina política. Por definición, en una sociedad bien ordenada bajo condiciones modernas, no puede haber acuerdo durable sobre estas materias; esta estipulación figura entre las circunstancias subjetivas de la justicia» (Rawls 1980, 542) y si se pregunta por qué han de suponerse tales circunstancias, la respuesta es que «no pueden superarse sino por el uso de la fuerza». «No hay pues alternativa sobre la que fundar una concepción de la justicia adecuada para una sociedad democrática bien ordenada, sino en una parte de la verdad, y no en toda la verdad, o dicho más específicamente, precisamente en las creencias que de hecho comúnmente aceptamos y compartimos» *(ibid.* 542), que, por cierto, no siempre tienen por qué ser ni siquiera parte de la verdad.

Pero esta respuesta «práctica» o «justificación práctica» no significa «escepticismo o indiferencia acerca de las cuestiones religiosas, filosóficas o morales. No digo que sean todas dudosas o falsas, o que versen sobre cuestiones que no son susceptibles de verdad o de falsedad... lo que digo es que no cabe esperar un acuerdo consistente acerca de ellas... y por tanto no cabe esperar un acuerdo razonado y duradero acerca de ellas... *A Theory of Justice* trata de construir una concepción de la justicia que parta de que estas diferencias profundas e irresolubles sobre materias de fundamental importancia son condición permanente de la vida humana» *(ibid.* 542). En efecto, la justificación (práctica) de por qué el «velo de ignorancia» excluye que los ciudadanos sepan qué creencias van a tener es porque los principios obtenidos «han de servir como punto de vista compartido para allanar diferencias entre ciudadanos con convicciones filosóficas, religiosas y morales opuestas, así como con distintas concepciones del bien, y ese punto de vista necesita ser adecuadamente imparcial para con esas diferencias» *(ibid.* 543).

Y si se objeta que ese «punto de vista» que *A Theory of Justice* busca y pretende haber hallado, al no reclamar como base «verdad» averiguada alguna, no es en definitiva más que un *modus vivendi* «que permite a cada grupo, en el consenso resultante, perseguir su propia concepción del bien ateniéndose a ciertas ligaduras que cada uno piensa que en definitiva redundan en su propio beneficio, dadas las circunstancias existentes» (Rawls 1985, 247), Rawls, enfrentado a la bien correcta autocomprensión utilitarista de

la nueva «teoría económica de la sociedad» basada en las «ciencias de la decisión racional», da una respuesta tan ambigua como consecuente: «Esta idea de overlapping consensus puede parecer esencialmente hobbesiana... pero la concepción de la justicia, es una concepción moral... da razón de las virtudes cooperativas idóneas a una doctrina política en vista de las condiciones y exigencias del régimen democrático... por tanto, el consenso resultante, tal como se considera allí (en *A Theory of Justice)* no se considera sólo un modus vivendi» *(ibid.* 249), sino que el punto de vista buscado y hallado se entiende como «punto de vista moral». Y se entiende así, porque tal concepción es la que mejor permite plasmar la autocomprensión contenida en la cultura pública de las sociedades democráticas.

Pero, ¿no podría ser quizá verdadera la «nueva teoría económica de la sociedad»? Sí, parece responder Rawls, lo mismo que quizá puedan ser también verdaderas las doctrinas del intuicionismo, de Kant o de Mill, pero la teoría de la justicia evita entrar en la discusión, no versa sobre eso. Pero, cabría replicar, la teoría de la justicia no puede evitar esa cuestión, pues no pocos miembros de las sociedades democráticas pueden muy bien entender el supuesto «punto de vista moral» como un modus vivendi. Es cierto, parece responder Rawls, al igual que otros lo aceptarán «porque sus creencias religiosas o la comprensión de su fe los llevan a un principio de tolerancia y suscriben la idea fundamental de la sociedad como un sistema de cooperación» (Rawls 1985, 250) y lo mismo que otros lo aceptarán porque están convencidos de que «se siguen de doctrinas ético-políticas tales como las de Kant y Mill», que ellos dan por sentado que están en lo cierto, y otros aún, sencillamente porque entienden que *A Theory of Justice* «expresa valores que en el caso normal han de quedar por encima de todos los demás valores que se le opongan». Y es que en definitiva, esta fundamental condición de disenso de la existencia humana «puede tener también su lado bueno» (Rawls 1980, 542). Pues, «aunque una sociedad bien ordenada es una sociedad dividida y pluralista, sus ciudadanos han alcanzado, no obstante, un entendimiento acerca de los principios que regulan las instituciones básicas. Aunque no pueden llegar a un acuerdo sobre todo, el acuerdo público sobre cuestiones de justicia política y social sirve de sostén a lazos de amistad civil y asegura los lazos de la asociación» *(ibid.* 540).

Pero, ¿qué permite a Rawls suponer que es posible llegar a tal entendimiento? La respuesta de Rawls es: un duro aprendizaje histórico. «Hasta las guerras de religión ... la cooperación social sobre la base del mutuo respeto se consideraba imposible con personas de otras creencias; o con las personas que sustentaban una concepción distinta del bien. Una de las raíces históricas del liberalismo fue el desarrollo de diversas doctrinas que urgían la tolerancia religiosa. Un tema de la teoría de la justicia es recoger entre las llamadas «circunstancias subjetivas de la justicia» las condiciones sociales de esas doctrinas y después desarrollar las implicaciones del principio de tolerancia» (Rawls 1985, 249) (1982, 17). A la objeción de si esto no es, en definitiva, convertir esas circunstancias en filosofía, Rawls responde: «Una concepción de la persona desde un punto de vista político, por ejemplo, la concepción de los ciudadanos como personas iguales y libres, no implica, a mi juicio, cuestiones de psicología filosófica o de doctrina metafísica acerca de la naturaleza del *self.* Ninguna doctrina política que dependa de estos

profundos e irresueltos asuntos puede regir como concepción pública de la justicia de un estado constitucional democrático» (Rawls, 1985, 231). Y si se le hace a Rawls la réplica obvia, la respuesta no puede ser más consecuente: «Cabría decir que desarrollar una concepción política de la justicia sin presuponer o utilizar explícitamente una doctrina metafísica, por ejemplo, alguna concepción particular matafísica de la persona, es ya presuponer una tesis metafísica: a saber, la de que para tal fin no se requiere ninguna doctrina metafísica particular. Cabría también decir que nuestras concepciones cotidianas de las personas como unidades básicas de deliberación y responsabilidad, presuponen y en cierto modo implican ciertas tesis metafísicas sobre la naturaleza de las personas como agentes morales y políticos. Siguiendo mi método de evitación simplemente no niego tales cosas... (debe ser verdad que hay incluidas tesis metafísicas, pero deben ser tan generales, que no distinguen entre puntos de vista metafísicos específicos -cartesianos, leibnizianos, o kantianos; realistas, idealistas, o materialistas, de los que se ha venido ocupando la filosofía tradicional)» (Rawls, 1985, 240).

En suma, la filosofía política posible para Rawls, en un régimen constitucional democrático, no ha de tratar tanto de fundamentar el principio de tolerancia, para eso ha llegado tarde, como de «aplicárselo a sí misma» (Rawls). No ha de presentarse con la pretensión de «filosofía política» verdadera, que es indiferente que sea, sino con la pretensión de «filosofía política» *política*, que importa que sea. Pues «el objetivo es el libre acuerdo, la reconciliación a través del razonamiento público» (Rawls, 1985, 230) y para ello «han de evitarse cuestiones filosóficas disputadas, al igual que cuestiones religiosas o morales disputadas... La teoría de la justicia deliberadamente se mantiene en la superficie, filosóficamente hablando» *(ibid.* 230). ¿Y si tal acuerdo, podríamos replicar a Rawls, no se asentase en realidad sino sobre un magnífico background error acerca de la naturaleza metafísica y moral del hombre? Es inútil volver a empezar, pues la contrarréplica de Rawls sería: las respuestas a esa cuestión serían controvertidas y no podrían constituir base de acuerdo. Por otro lado, insistimos en la cuestión de que una filosofía política así planteada elude la cuestión de relativismo o no relativismo. Si alguna vez los miembros de las (otrora) sociedades democráticas, llegaran a tener convicciones (aun respecto al principio de tolerancia) completamente insensibles al libro de Rawls, simplemente el libro no les diría nada, en nada contribuiría a la tarea de dar expresión institucional a la comprensión que tendrían de sí.

Es difícil aceptar este planteamiento de Rawls; sorprende la fusión de pesimismo teorético (a todos los efectos) y de optimismo político, o más bien, teórico-político, que el libro rezuma. La combinación de ambos no parece haber alcanzado aún el estado de «reflective equilibrium» que Rawls tanto invoca. Mas esto, claro es, no es tanto una objeción como una consideración piadosa. Pero pese a ser sólo una consideración piadosa, podemos darle una forma que nos indique la vía de una posible objeción. «No son las ideas, sino los intereses, venía a decir Weber, los que mueven la acción de los hombres, pero las concepciones del mundo, que están hechas de ideas, sirvieron en no pocas ocasiones de agujas, que determinaron las vías por las que la dinámica de los intereses movió la acción». En determinadas «circunstancias (históricas) subjetivas de la justicia» entre otras muchas circuns-

tancias, se impusieron ideas que configuraron lo que podemos llamar la cultura pública de las sociedades democráticas. Ahora bien, el mundo de las ideas está trabado por nexos de sentido ante los que ineludiblemente se plantea la cuestión de su verdad o su falsedad, o mejor, de su validez o no validez, sea ésta veritativa, práctica o estética. Rawls parece conceder con optimismo y largueza la posibilidad de erigir un marco de razonamiento ético-político compartido en que los ciudadanos de las sociedades democráticas puedan allanar con imparcialidad sus diferencias sobre el modo de dar forma institucional a su autocomprensión, pero se muestra cicatero a la hora de admitir la posibilidad de un *insightfull* aprendizaje compartido a la hora de justificar metaética o metapolíticamente, como pretende la filosofía moral contemporánea, el marco erigido. La necesidad de erigir ese marco se basaría, por el contrario, en la experiencia sorda y ciega adquirida en determinados avatares históricos, de que, en definitiva no es posible compartir (supuestos) aprendizajes en esa dimensión. El valor del pensamiento ético-político de la Ilustración no radicaría tanto en sí mismo como en la elaboración que llevó a cabo de la experiencia de las guerras de religión. A mi juicio, esto no es conceptualmente consecuente, ni tampoco fue históricamente el caso. En este aspecto, sí me siguen pareciendo superiores los planteamientos de teoría ética que están lejos de compartir esos supuestos; más a veces los supuestos de que éstos, a su vez, han de partir, son tan pretenciosos, que no puede menos de resultar atrayente un planteamiento como el de Rawls, cuando se despoja terminantemente de todos ellos y, tras dejar a un lado toda «deep philosophical question», propone un marco de razonamiento, a lo menos análogo al que proponen aquellos. La razón de la analogía es clara: Rawls, sin revalidarlas, hace una propuesta de explicitación de las ideas que aquellos empiezan revalidando y que en ese proceso de revalidación no pueden menos de pasar a reformular. Empero, entre un marco teórico diseñado para tal revalidación y reformulación y otro que parte de esas ideas como «prejuicios», es decir, «as given», las diferencias tienen que ser decisivas. Ignorarlas en la práctica, en un intento de proyectar al segundo sobre el primero, sólo puede dar lugar a un baile de confusiones. Si a estas confusiones se añaden las resultantes de proyectar la evolución de Rawls sobre un único plano, el baile de confusiones se transforma en laberinto. Y me parece que la autora del artículo que vengo comentando a veces hace poco por no entrar en él.

6. *«Tarea social práctica» y filosofía trascendental*

Acerca del «afán de Rawls de construir una filosofía moral» (pág. 129), de que «la autonomía es para Rawls el prius indiscutible» (pág. 131), de que «frente al subjetivismo práctico y la verdad práctica, Rawls asume una tercera postura: la filosofía puede descubrir la objetividad moral» (pág. 134) no hacen falta más precisiones, porque ya hemos oído hablar de ello al propio Rawls. Pero sí conviene entrar en alguna precisión acerca del adjetivo añadido al término «objetividad», la cual a la autora se le transforma en «objetividad moral»; y no nos interesa tanto tan nimia cuestión como otras de más tomo que se enredan con ella.

A lo largo de todo el artículo a la autora parece preocuparle especialmente que quede claro que no somos miembros fácticos de las sociedades democráticas quienes elegimos los principios de la justicia, «no es lo nuestro, dice, ni conocer intuitivamente los principios ni aprobarlos por mayoría» (pág. 131); a veces, esta insistente idea adquiere rasgos algo pintorescos: «Rawls distingue normas de principios, deja la elección de las normas en manos de los ciudadanos y se ocupa desde la filosofía de los principios justificadores de normas» (pág. 133); digo «pintorescos», porque, aparte de que tras concluido el aquelarre de la «posición original» y tras empezar a levantarse el «velo de ignorancia» Rawls acompaña todavía a las «partes» un buen trecho, el dejar la cuestión de los principios a «la filosofía» en nada remediaría, me temo, habida cuenta de que la filosofía la hacen filósofos, la arbitrariedad e inmoral desbarajuste que de la elección de los principios por mayoría se teme la autora. Los ciudadanos de Atenas tuvieron el acierto de no permitir que los principios se les diesen servidos «desde la filosofía». Por fin el problema queda en que «si la autonomía significa autolegislación, ¿Cómo la autolegislación individual puede desembocar en ley universal? El problema consiste, pues, en conectar autolegislación individual e intersubjetividad... nunca la autonomía kantiana o rawlsiana se redujo a la expresión de las convicciones morales de los individuos» (pág. 139). Y continúa: «Y es que en la tradición ética, la *objetividad moral,* la *validez práctica* de una norma, ha exigido siempre un momento de idealidad. La voluntad general, el espectador imparcial ... o la posición original integran limitaciones ideales a la pura facticidad (pág. 139). Y son esas condiciones ideales que el diseño de la «posición original» integra, las que «aseguran la objetividad de los resultados (= concordancia con la sensibilidad de los miembros de las sociedades democráticas en torno a la justicia)» (pág. 139). Y es que «Rawls apuesta por la justificación práctica que -siguiendo al filósofo de Königsberg- pretende objetividad práctica, no objetividad ni verdad teórica.

Pues bien, si la «objetividad», la «objetividad moral», la «validez práctica», la «objetividad práctica» del resultado que el momento de idealidad asegura, consiste en que ese resultado concuerda con nuestros «prejuicios», flaco momento de idealidad es ése; porque entonces la autonomía rawlsiana se reduce, en efecto, a ser «expresión de las convicciones morales de los individuos», a no ser que «convicciones morales de los individuos» no sea igual a «sensibilidad de los miembros de las sociedades democráticas», lo cual sería en verdad sorprendente. Aquí hay, pues, algo que dista mucho de estar claro. Para intentar aclararlo, acojámonos a la distinción entre norma y principio, que la autora subraya, por ver si llegamos a alguna parte.

Empecemos primero con la «elección de los principios por mayoría». La preocupación de la autora es ociosa. Si lo que Rawls busca es contribuir a superar el «impasse» a que ha llegado nuestra historia política contemporánea, consistente en que no hay acuerdo sobre a qué principios ha de responder el diseño de las instituciones sociales para que traduzcan la comprensión que tenemos de nosotros como seres morales libres e iguales, y lo que con ese fin hace es proyectar una construcción que razonablemente articule esa autocomprensión, para ver si se puede llegar a un acuerdo, es claro que «no es lo nuestro ni conocer intuitivamente los principios ni aprobarlos por mayoría». Sencillamente porque, por ventura o desventura, una autocom-

prensión cultural, una cultura pública política, o incluso la idea que un individuo tiene de sí, caen entre lo que se adquiere con el tiempo o con el tiempo cambia (entre otros factores quizá, porque llega a verse que algunos de sus ingredientes son indefendibles), pero difícilmente podría entenderse que caigan entre las cosas que *se deciden.* Si Rawls logra articular esa autocomprensión en términos que permitan un acuerdo sobre la traducción de tal autocomprensión a principios que puedan reflejarse en instituciones básicas, *A Theory of Justice* ha cumplido la «tarea social práctica» en que consiste la filosofía política, está justificada prácticamente, ha cumplido su fin, ajustándose en efecto, a nuestra autocomprensión compartida, «es objetiva». Pues es entonces cuando por vía de la construcción que refleja a esa autocomprensión, se han llegado a obtener dos *principios* que constituyen criterios para decidir sobre la validez de los haces de expectativas normativas de comportamiento en que (además de en otras cosas) las instituciones básicas consisten; entonces tenemos el marco para enjuiciar esas normas; y esas normas, a la luz de aquellos principios, resultan legítimas o ilegítimas, lo que podemos considerar sinónimo de: tienen validez práctica (insistamos: de Stevenson en adelante hemos aprendido que una norma no puede equipararse a un enunciado, el cual es susceptible de verdad = validez teórica) o no la tienen, lo que a su vez podemos considerarlo equivalente a: tienen «objetividad moral» o no son «moralmente objetivas». Si nos atenemos a esa distinción entre norma y principio, nuestra autora parece tender a confundir la adecuación de la construcción, que tiene su medida en si ésta resulta *«congenial»* (afín) a las «convicciones y a las tradiciones más profundamente arraigadas de un estado democrático moderno» (Rawls, 1982, 14), o en si «estas ideas y principios pueden combinarse con suficiente claridad en una concepción de la justicia política que se ajuste a nuestras convicciones más firmemente mantenidas» (Rawls 1985, 228), firmemente mantenidas, claro es, «on due reflection» (o en lo que he llamado «equilibrio reflexivo») *(ibid.)* confunde, digo, esta adecuación, llamándola «objetividad moral» con la cuestión de la validez práctica de una norma, validez que tiene su medida en si la norma se ajusta o no a los principios. El objeto de justificación práctica o el objeto de la tarea social práctica en que la tarea de la filosofía política consiste es la erección del marco de razonamiento ético-político; y es en ese marco donde se discute sobre la legitimidad o no legitimidad, sobre la validez o no validez de las normas.

Pero esta confusión tiene su raíz en un buen deseo. A los miembros de las sociedades democráticas que se dedican a filosofía del derecho, moral y política les gustaría saber si cuando hablamos de que una norma es legítima o de que es ilegítima, hablamos en serio o no. Para ello, naturalmente, hay que considerar la norma a la luz del principio o los principios de que disponemos; de modo que la cuestión se convierte en la de la validez de los principios o metanormas, o (cuando tales principios no coinciden con el procedimiento mismo [Habermas]) en la cuestión de la justificación del procedimiento de obtención de los principios. Es decir que, últimamente, de lo que se trata es de justificar el «punto de vista» desde el que procedemos a juzgar acerca de la validez de las normas. Mas como Rawls lo único que nos ha dicho es que el punto de vista que *A Theory of Justice* adopta, se acomoda a, o traduce (mejor que otras propuestas), convicciones profunda-

mente arraigadas y éstas no se han revalidado, en la «posición original» no puede haber más «momento de idealidad» que cimente la objetividad moral, que el que pueda provenir de esos «prejuicios», es decir, bien poco. Esta es la objeción de Tugendhat: «La propuesta de Rawls de que podemos definir algo como justo si y sólo si se corresponde con los principios que para este tipo de cosas se estableciese en la posición original es una *petitio principii* y oculta el hecho de que la adecuación moral de la posición original ha de valorarse desde el punto de vista de la etapa cero» (Tugendhat, 1984, 30), etapa cero que, dicho aproximadamente, viene a consistir para Tugendhat en la revalidación de esos «prejuicios» en el contexto de lo que Rawls llamaría «a general moral conception» (Rawls 1985, 225). Y Habermas: una propuesta como la de Rawls «que se extiende a ámbitos de contenido, no puede entenderse sino como una aportación a un discurso que habrían de realizar los ciudadanos» acerca de qué exigir a la ordenación de las instituciones básicas; la teoría de Rawls sólo resultaría aceptable si pasase la prueba de tal discurso práctico (cuyas características resultan para Habermas de la revalidación de las *convictions* de las que Rawls parte «como dadas» (Habermas, 1983, 104).

Pues bien, lo que Rawls pretende es que este tipo de objeciones no aciertan con el punto en que radica la originalidad de su planteamiento, con aquello que le lleva a exigir que la filosofía política hoy «ha de mantenerse en la superficie, filosóficamente hablando». Pues supongamos que la tesis de Rawls fuera que tenemos un razonable concepto de «objetividad moral». La objeción, por ejemplo, de Tugendhat es que eso no es un razonable concepto de objetividad moral. El primer movimiento *(method of avoidance)* de Rawls es que una filosofía política que deliberadamente quiere mantenerse en la superficie evita ese tipo de cuestiones, en la medida en que sea posible. La réplica es que esa es una cuestión que no es posible evitar y que además demuestra que la filosofía política no puede mantenerse en la superficie, filosóficamente hablando. La dúplica de Rawls es que esto a su vez es una «deep philosophical question», que hay que tratar de evitar para el objeto de la filosofía política hoy. Y evitada así la cuestión, estamos de nuevo en la tesis inicial. Pero el objetor puede aún sostener que esa primera tesis inicial es en definitiva una tesis sobre la validez práctica. Respuesta de Rawls: «siguiendo el método de evitación no niego tal cosa, la evito». Parafraseando a Rawls: «Evito la cuestión de la validez práctica y la controversia entre «objetivismo moral» y «subjetivismo cultural» acerca del status de los valores morales. Ni afirmo ni niego estas tesis» (Rawls, 1985, 230).

La única duda posible entonces es la de si este «método de evitación» es en verdad tan mortal para el posible objetor que pretenda contra Rawls que una filosofía política que no se presente con «a claim of truth», no se tiene en pie; que una filosofía política que se presente sólo como «una tarea social práctica» es inviable. Si el método de evitación no da para tanto, Tugendhat tiene razón en su objeción: nos es preciso una *teoría* de nuestro *sense of justice,* sense of justice cuya realidad se queda siempre en Rawls en una suposición formal, sin pasarse nunca a escudriñar su estructura; pero si el principio de evitación logra eludir esas objeciones, la única objeción que veo posible es la que se sigue de la precisión de la consideración piadosa que hice más arriba.

Pero ante la dificultad que acabo de exponer, A. Cortina opta por reabsorber a Rawls no ya en la reformulación de Kant que representa la filosofía moral contemporánea atenida al «programa de Hare» sino en el propio Kant, oscilando a la vez entre el Kant de la «Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres», pues de optar decididamente por éste, la tarea de la fundamentación de una concepción moral se le hubiera convertido en una tarea epistemológica (en suma, la de como es posible el juicio sintético a priori en que se expresa el imperativo de la moralidad) y el Kant de la «Crítica de la Razón Práctica», quien desesperando de la vía tomada en el tránsito del libro segundo al libro tercero de la Fundamentación, muda de método y parte en la Crítica de que «la razón pura es por sí sola práctica (es decir, somete al ser racional a otras reglas que las determinadas por los deseos y apetencias de éste) y da al hombre una ley general que llamamos ley moral», como de un «factum innegable», que «no es un hecho empírico, sino el único factum de la razón pura, la cual con ello se anuncia como originariamente legisladora (sic volo, sic iubeo)» (Kant 1929, 36-37). Este hecho es indicación de un mundo nouménico, en que se articula nuestro destino como seres morales; ese mundo es noche cerrada para nuestra capacidad de penetración intelectual, pero dado nuestro interés práctico, que ese mismo hecho determina, y utilizando ese mismo factum como «principio de deducción» podemos asegurarnos (für wahr halten) de aquello que si en actitud teorética quisiésemos penetrar, convertiría a nuestra teoría en expresión de un delirio (cual fue el de las imágenes míticas y religioso-metafísicas del mundo), indefendible ante el tribunal de la propia razón; todo lo cual podría sonar (puestos, desde luego, denodadamente a recordar) a algo de lo que Rawls quiere decir con «justificación práctica».

Claro es que para nosotros, desde que la razón se nos presenta revestida de lenguaje, no tenemos más remedio que recurrir al factum del lenguaje, susceptible, por supuesto, de análisis teorético, también en punto (parece) a sus implicaciones atinentes a las reglas del discurso práctico. Y así es natural que las reformulaciones contemporáneas de la ética kantiana hayan mirado más, incluso cabría decir que exclusivamente, a la Fundamentación que a la Crítica; y de la «Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres», sólo un paso permitiría recordar (a condición, de nuevo, de ponerse denodadamente a recordar) lo que Rawls entiende por «tarea (social) práctica», precisamente el que Kant rechaza en la Crítica (Kant, 1946, 113 y Kant 1929, 36, «El factum de la razón -dice en este último lugar no se puede sacar de cavilaciones tontas (herausvernünfteln) acerca de la conciencia de la libertad»).

Pues bien, el intento de reabsorber a Rawls en Kant, o de proyección de Rawls sobre Kant, lleva a la autora a algunas equiparaciones que merecen comentario.

Pero antes conviene corregir algunas pequeñas imprecisiones en que a mi juicio se incurre en el artículo, pues su acumulación no nos permitiría ver al cabo nada. El *equilibrio reflexivo* es, naturalmente, para Rawls, un *estado* (Rawls 1973, 49) y un estado, naturalmente, no es un método («El método de justificación rawlsiano -el "equilibrio reflexivo"-...») (pág. 134); a renglón seguido, el estado, convertido en método de justificación se convierte a su vez en justificación («La justificación práctica de Rawls viene

constituida por el equilibrio reflexivo...») (pág. 134). Ese «equilibrio reflexivo» convertido en método trata de explicitar lo que ya está implícito en la conciencia de los miembros de las sociedades democráticas, de modo que concuerden en ello» (pág. 134); pero es difícil ver cómo un estado, aunque se lo convierta en un método de justificación, devenido él mismo justificación, puede tratar de explicitar nada. Aparte de eso, la autora habla de que lo que Rawls toma como punto de partida es «el momento en que queda objetivada nuestra conciencia moral, el momento en que quedan plasmadas nuestras "convicciones meditadas"» (pág. 134), cosa que es difícil de entender al no decírsenos en qué consiste ese momento, y que quizá se ve mejor si decimos simplemente que en nuestras convicciones meditadas se plasma nuestro sentido de la justicia, nuestra conciencia moral, sin que ello, desde luego, prejuzgue cuáles de esas plasmaciones se fundan en razón y cuáles no, pues nuestras facultades no son precisamente infalibles cuando proceden a plasmarse.

Esta serie de imprecisiones quizá podrían disiparse si planteáramos las cosas así: El problema que Rawls afronta viene constituido por el «impasse que se ha producido en nuestra reciente historia política, a saber: que no hay acuerdo acerca de cómo habría que ordenar las instituciones sociales básicas para que se conformen a la libertad e igualdad de los ciudadanos como personas» (Rawls, 1982, 20). La resolución del problema define el objeto de la teoría política; el método «es elaborar una concepción que sea congenial con nuestras convicciones y tradiciones más arraigadas del moderno estado democrático» *(ibid.* 14), que trate, pues, de suturar los puntos de desacuerdo estribando en las convicciones comunes a que los distintos bandos apelan; cuando la construcción está hecha o se está haciendo, nuestras convicciones tienen un espejo, en que al verse reflejadas pueden también autocorregirse o corregir la construcción; se produce un vaivén entre convicciones y construcción especular hasta conseguir un estado de equilibrio (siempre inestable); es lo que Rawls llama equilibrio reflexivo. Cuando se alcanza dicho equilibrio, si es que llega a alcanzarse, la construcción está justificada.

Me temo que la autora convierte al «equilibrio reflexivo» en método en un intento de encontrar en algún lado en Rawls el método de la reflexión trascendental de Kant. Pero en el contexto de ese intento resulta que «el "factum de la razón" no es (para Rawls) la conciencia del imperativo, sino los juicios meditados, los juicios que emitimos en condiciones favorables al ejercicio de la justicia» (pág. 134). Esto, precisamente, no es hacer justicia ni a Kant ni a Rawls. En la Fundamentación, Kant parte de nuestros juicios meditados, pero pasa (libro segundo) a «un análisis de la lógica de nuestros conceptos morales». «Estos conceptos y su lógica determinan... ciertas reglas a las que hemos de obedecer en nuestro pensamiento si queremos hacerlo racionalmente» (Hare), es decir, a una teoría de nuestro sense of justice, ante la que, en efecto, nuestros juicios meditados se muestran «prestos a afrontar la reflexión crítica». Pero esto es en la actualidad lo que he llamado el «programa de Hare» y no hace falta repetir que nada tiene que ver con el de Rawls. Decir que el «equilibrio reflexivo», «como la reflexión trascendental de Kant, parte de un factum y trata de explicitar sus condiciones normativas de posibilidad» (pág. 135), si nos estamos refiriendo al procedimiento de Kant en la Fundamentación, es una galana manera de malinter-

pretar tanto a Kant como a Rawls; y si nos estamos refiriendo al procedimiento inverso de que Kant hace uso en la Crítica de la Razón Práctica, significaría que las deep-seated convictions and traditions del estado democrático moderno representan para Rawls algo suficientemente análogo a «la conciencia de un imperativo como factum de la razón», de «un factum único de la razón pura que con ello se anuncia como originariamente legisladora», del que la construcción explicitaría «sus condiciones normativas de posibilidad» (pág. 135), lo cual me parece un exceso a la hora de referirse a las mencionadas deep seated convictions and traditions, y sobre todo a la hora de traducir la idea de Rawls de que la construcción *models* (sirve de modelo de y para) esas convicciones.

Claro es que la autora puede argumentar que solamente se trataba de una reabsorción metafórica de Rawls en Kant, pues por lo que Rawls en realidad opta, lejos de todo factum de la razón, es por el «relativismo histórico» (pág. 144). Mas entonces es difícil entender cómo Rawls «apuesta» también «por la justificación práctica que -siguiendo al filósofo de Königsberg- pretende objetividad práctica, y no verdad ni objetividad teórica» (pág. 144) ni como, a la vez (el lector tiene derecho a empezar a preguntarse: ¿en qué quedamos?) puede optar por una fundamentación empírica (el tipo de fundamentación al que la autora dice atenerse Tugendhat en sus *Retractaciones),* cuando una hipótesis empírica lo único que puede pretender es verdad y objetividad teórica. Puede que hayamos de quedar en que la fundamentación de Rawls es «empírico-práctica». Pero obsérvese que tal caracterización, conforme a las propias explicaciones de la autora, habría de reunir notas contradictorias: por lo de «justificación práctica», no puede pretender llegar a enunciados verdaderos, sino «moralmente objetivos»; por lo de empírica, se supone que ha de pretender llegar a resultados «verdaderos». Pienso que es inútil seguir señalando pasos en este laberinto. Pero quizá sí convenga pedir ayuda a Rawls para que nos devuelva al menos al punto de partida. En un pasaje paralelo al que alega la autora para calificar la teoría de Rawls de empírica, dice éste: «En orden a elaborar una concepción kantiana de la justicia parece deseable desligar la estructura de Kant de su trasfondo de idealismo trascendental y darle una interpretación procedimental por medio de la construcción de la posición original. Ese desligamiento es importante aunque sólo sea porque nos faculta para ver hasta qué punto es posible una interpretación de las ideas de Kant dentro de un marco de referencia razonablemente *empirista»* (Rawls 1978, 67).

7. Consistencia y adecuación

Hasta aquí he supuesto dos cosas, la consistencia interna de la construcción revisada de Rawls (I) y que esa construcción traduce en efecto, las *deep-seated convictions and traditions* de un estado democrático moderno (II). Antes de concluir, quisiera al menos apuntar que tales cosas no pueden darse sin más por sentadas.

(I) A las partes en la posición original se las supone dotadas de racionalidad económica, lo que quiere decir que por definición se orientan en sus cálculos a la consecución de lo que consideran su bien. En *A Theory of Justice* el «velo de ignorancia» que caracterizaba a la situación en que se llevan

a efecto los cálculos de utilidad aseguraba que el resultado del cálculo de cada uno fuera el resultado a que llegaban todos, pues cada uno, por fuerza, ha de ponerse, para calcular su bien, en el lugar de todos; cuando se habla de intersubjetividad en la «posición original», no puede tratarse sino de una forma metafórica de hablar. Para poder dar sentido a la idea de cálculo, se introducía una lista de «bienes primarios» cuya estructura no se razonaba. Y para interpretar el «aceite» de este cálculo, podía recurrirse al «agua» de Kant; es decir, se añadía una «interpretación kantiana de la posición original», que era sólo eso, una interpretación que evocando tradiciones éticas hacía plausible que la construcción tuviera en definitiva algo que ver con algo así como nuestro sense of justice. Las recetas para mezclar el agua y el aceite quedaban en consideraciones vagas que en rigor no abordaban el problema de la compatibilidad (Rawls 1973, 251 ss.).

Pero cuando en «El Constructivismo Kantiano» y en «Las libertades Básicas y su Prioridad» la noción de cooperación entre personas morales libres e iguales entra como concepción-modelo dentro de la propia construcción, las cosas cambian. A las personas se las supone dotadas de dos capacidades morales, la de desarrollar un efectivo sentido de la justicia («La capacidad de entender, aplicar y actuar por mor de -y no sólo conforme a-los principios de justicia» (Rawls 1980, 525)) y la de «formar, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien» (ibid. 525), de los correspondientes dos «intereses supremos» de realizar y ejercitar esas capacidades y del «interés superior» de desarrollar la particular concepción del bien que les acontezca tener una vez levantado el velo de ignorancia. La, «posición original» es ahora una concepción-modelo puente entre la noción de cooperación social entre personas morales libres e iguales y la obtención de los principios de justicia, los cuales sustentan la tercera concepción-modelo, la noción de «sociedad bien ordenada», «el ideal a realizar en la vida social».

Pues bien, como para obtener los principios de justicia no puede renunciarse a la teoría de la decisión racional (con esa renuncia la teoría de Rawls se desvanecería), surge el problema de que si convertimos a las personas dotadas de esos dos intereses supremos en habitantes de la posición original, no tenemos más remedio que considerarlas como egoístas racionales cuyos cálculos se orientan a la consecución de lo que consideran su bien. El caso es que el segundo interés moral supremo, el relativo a las concepciones del bien, puede aún caer bajo la razón de bien, pues la capacidad de desarrollar una concepción del bien puede concebirse como parte integrante del sistema de fines por el que oriento mi vida: puede que no me merezca la pena ningún sistema de fines si no soy yo mismo el que asumo la responsabilidad de adoptarlos, revisarlos o rechazarlos. Ahora bien, el segundo interés supremo, el interés por desarrollar un sentido de la justicia, no puede caer bajo la razón del bien. Pues si no se introduce el supuesto adicional de que las personas son estoicas e identifican el bien con la virtud, ello supondría que no buscan fair terms of cooperation por mor de ellos mismos, sino por el bien que de ellos pueda seguirse; luego esa parte de la construcción es incompatible con la primera concepción modelo. Veamos el origen de la incompatibilidad.

En «El constructivismo kantiano» Rawls comete el error de suponer que

las personas pueden ser los habitantes de la «posición original»: «Así, en la posición original podemos concebir a las partes, o bien como representantes (o delegados) de las personas con ciertos intereses, o bien como esas mismas personas movidas por esos intereses (los dos intereses supremos)» (Rawls 1980, 525). Pero al percatarse en ese mismo pasaje de que las «partes», como egoístas racionales que son, lo que por definición calculan es la obtención de bienes, aunque aquí se trate de bienes primarios, se limita a huir el cuerpo a la dificultad con una consideración edificante: «Pero a la base del deseo de bienes primarios están los intereses supremos de la personalidad moral y la necesidad de asegurar su particular concepción del bien (interés superior)..., por tanto, la suposición de que las partes se preocupan de asegurar sus propios intereses supremos no puede confundirse con el egoísmo» (*ibid*, 578). Pero Rawls sabe muy bien que la incompatibilidad entre la primera concepción modelo y la segunda estriba, no en la clase de intereses, sino en la razón bajo la que la distinta noción de racionalidad obliga a considerar esos intereses, la cual, por cierto, borra las diferencias de clase entre intereses. A. Cortina, menos cauta que Rawls a la hora de formular esa idea, y sin percatarse de que Rawls no afronta la dificultad, incurre de lleno en el otro cabo de la misma inconsistencia: «Los móviles de la deliberación son, pues, morales, aunque «egoístas» en el sentido de que cada jugador defiende sus propios intereses. Los propios intereses piensa Rawls, no tienen por qué ser inmoralmente egoístas» (pág. 141). Lo cual es cierto, sólo que para hacer tal afirmación hemos de contar ya con principios morales antes de haberlos obtenido por la vía del procedimiento que estamos construyendo; se diría que estamos trabajosamente construyendo una escalera para subir donde ya estamos.

En «Las libertades básicas y su prioridad» Rawls se desdice de la forma en que en «El constructivismo kantiano» conectó las dos concepciones-modelos e intenta una solución que a mí me parece no exenta de bizantinismo. En la segunda concepción-modelo, en la posición original, dice, «hay que distinguir cuidadosamente dos partes distintas,... las partes como representantes racionalmente autónomos de las personas en la sociedad bien ordenada, representan sólo lo racional (la capacidad de las personas para perseguir racionalmente una concepción del bien)... lo razonable o capacidad de las personas para un sentido de la justicia queda representado por las distintas restricciones a que las partes quedan sujetas en la posición original» (Rawls, 1982, 19-20). Es decir, que los habitantes de la posición original no son las personas, sino egoístas racionales que las representan, es decir, unos agentes artificiales cuya razón de ser es permitirnos hacer uso del instrumento que es la teoría de la decisión racional. Los dos elementos de la primera concepción-modelo, de la concepción de la persona, separados en la segunda, quedan otra vez reunidos en los habitantes de la sociedad bien ordenada. «Son los ciudadanos iguales en una sociedad bien ordenada los que son plenamente autónomos (los que reunen lo racional y lo razonable) porque aceptan libremente las ligaduras de lo razonable y al hacerlo así su vida política refleja una concepción de la persona, que considera fundamental su capacidad (de ellos) para la cooperación social, es decir, para un sentido de la justicia» (*ibid.* 20).

Con esta reordenación de elementos queda, en efecto, evitada, al menos a primera vista, la inconsistencia que hemos señalado; pero a mi entender, esa inconsistencia vuelve a aparecer en los mismos términos en otra parte. En efecto, las partes sólo pueden considerar los intereses supremos de las personas que representan, bajo la razón del bien que la realización y ejercicio de esos intereses representan para ellas. De modo que cuando, por ejemplo, escogen como primer principio de justicia «Toda persona tiene igual derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas que sea compatible con un similar esquema de libertades para todos», lo escogen, no porque el principio defina fair terms of cooperation (que los define, dadas las condiciones en que ha sido escogido, es decir, en una situación sometida a las ligaduras de lo racional), sino «porque creen que si las personas actúan *por mor* de tal principio (y no sólo conforme a él), ello servirá como medio efectivo para el desarrollo de las concepciones del bien de las personas que representan» (Rawls, 1982, 30) (y ahora debe corregirse el paréntesis anterior: los principios definen fair terms of cooperation por las condiciones en que han sido escogidos y porque las partes encontraron razones para tal creencia, pues, de otro modo, por construcción, la tarea de definir fair terms of cooperation, hubiera resultado insoluble, no hubiera sido posible obtener principios de justicia).

Tenemos, pues, que los ciudadanos de las sociedades bien ordenadas actúan, no sólo conforme a los principios de justicia, sino por respeto a los principios de justicia. Mas no se les plantea nunca en términos dramáticos el conflicto entre bien y deber, y ello porque unos seres artificiales se encargaron de averiguar la armonía preestablecida existente entre utilitarismo/perfeccionismo y deontologismo, de suerte que si tal armonía no se diese los principios respetados no serían esos, serían otros o no serían ningunos (si la tarea de las partes hubiera resultado insoluble). Los ciudadanos de las sociedades bien ordenadas, naturalmente, no saben esto, pero a nosotros que hemos visto proceder a las partes no me explico cómo tales principios pueden merecemos tal respeto como para actuar por mor de ellos mismos, sobre todo cuando, dado lo que Rawls entiende por una concepción del bien («Una concepción del bien consiste normalmente en un determinado esquema de fines y metas, y de deseos de que florezcan ciertas personas y asociaciones en tanto que objeto de nuestras vinculaciones y lealtades. Una concepción del bien incluye también una visión de nuestra relación con el mundo -religiosa, filosófica y moral- por referencia a la cual entendemos aquellos fines y vinculaciones» (Rawls 1982, 16), es muy posible que tengamos nuestro corazón en otra parte. Supuesto cualquier concepto de igualdad, aunque sea el de Hobbes, y el esquema de libertades básicas de Rawls como parte integrante de nuestras, según Rawls, inconmensurables concepciones del bien, no veo que el planteamiento de Rawls diste una micra del utilitarismo de la norma. No es mi intención entrar aquí en este tema, pero, en cualquier caso, en un planteamiento que pretende implicar tan radical diferenciación respecto del utilitarismo y en el que a propósito de la elección de los principios puede decirse, aunque sea por coacciones dimanadas de la construcción, que «nótese que en ningún punto el razonamiento de las partes se ocupa del desarrollo y ejercicio del sentido de la justicia por mor de él mismo; aunque por supuesto eso no es verdad de los ciudadanos plenamente autónomos en

la sociedad bien ordenada» (Rawls 1982, 34), hay algo «que no está bien filtrado» y que bien podría radicar en lo siguiente: en cuanto la construcción recoge en sí lo que en *A Theory of Justice* no era más que una interpretación, se torna inconsistente; en cuanto trata de reparar la inconsistencia, se torna utilitarista y se le vuelve indiferente aquella interpretación [2].

(II) «Una sociedad -dice Rawls- es una empresa cooperativa para mutua ventaja, y viene típicamente marcada, así por un conflicto como por una identidad de intereses... Por tanto se necesitan principios para escoger entre estos diversos ordenamientos sociales que determinan esta división de ventajas y para suscribir un acuerdo acerca de qué haya de considerarse distribución justa. Tal necesidad define el papel de la justicia» (Rawls 1972, 126). ¿Y si nos negamos a admitir algo aparentemente tan simple? [3].

Para ver qué se sigue de tal negación, consideremos el «Segundo Libro sobre el Gobierno» de Locke como primera formulación de la tradición liberal y el libertarismo de Nozick como radicalización de esa tradición (prescindencia del contrato, atenida a los propios supuestos de la tradición liberal). Y consideremos «El Contrato Social» de Rousseau como primera formulación plena de la tradición democrática. Rawls representaría, como él mismo dice, un intento de mediación entre esas dos tradiciones, pero desde el marco de la tradición democrática; el propio Rawls parece bien consciente de ello.

Consideremos ahora los choques históricos entre ambas tradiciones y también los compromisos entre ellas. La tradición liberal surge como reacción al estado absolutista; su finalidad es poner límite al ejercicio de un poder, del que desconfía siempre, pero al que, reducido a un mínimo, considera, empero, imprescindible. Limitado constitucionalmente el poder por los «lockean rights» (estado de derecho) y legitimado por su funcionalidad en una sociedad que se organiza sobre la base de esos derechos, que incluyen el derecho de propiedad sobre los medios de producción, el liberalismo se promete un orden social, además de justo, estable, introduciendo el supuesto (dogma liberal y dogma de la economía política clásica) de que el resultado agregado de las acciones justas (las que no violan los derechos lockeanos de nadie) se estabiliza por sí solo. Este orden social es capaz de traer a la luz las capacidades individuales más insospechadas, que un orden centralmente regido jamás podría poner en juego (Hayek).

El problema de la tradición democrática, en cambio, es históricamente el de la estructura del poder que el liberalismo limita. La imagen básica de esa tradición es la de la asamblea de ciudadanos, a disposición de la cual queda todo lo atinente a la vida del colectivo. Las resoluciones que, en relación con la ordenación de esa vida, en la asamblea se toman son justas si

2 O al menos no se ve cómo pueda bastar a destacar «las diferencias respecto al punto de vista utilitarista, el cual toma el bien (subjetivo) como noción independiente y primera y define lo correcto o justo *(right)* en términos de maximización de ese bien y por tanto como subordinado a él» (Rawls, J., «Social Unity and primary goods» Sen, A./Wiliams, B. (eds.) *Utilitarianism and Beyond, C.* U. P. 1982.

3 Cfr. sobre lo que sigue: Habermas, J., *Theorie des Kommunikativen Handelns,* tomo II, Consideraciones Finales; C. B. Mcpherson, *The Life and Times of Liberal Democracy,* Oxford 1977; A. Giddens, *National State and Violence,* London 1985.

son resultado de un proceso de deliberación que cumple determinadas condiciones (una de ellas, por ejemplo, es que todos puedan hablar y decir libremente lo que piensan sobre el problema de que se trate; algunas de esas condiciones se solapan, pues, con los derechos de la tradición liberal. Cuando ese solapamiento no se produce, estilizando mucho podemos decir que, análogamente a como antaño el estado absolutista, el estado democrático queda cercado por los derechos liberales (estado democrático de derecho). La primera manifestación de compromiso entre ambas tradiciones de pensamiento político es la «Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano» de 1789, cuyo título como es sabido, se debió a un fundamental desacuerdo expreso entre diputados inspirados por Locke y diputados inspirados en Rousseau.

En concreto, entre el orden económico liberal asentado sobre principios juridificados de la tradición liberal y la autocomprensión democrática del Estado se establece una persistente relación de tensión, sobre todo, cuando históricamente quedo claro que el resultado agregado de las acciones individuales atenidas a los principios liberales juridificados no se estabiliza por sí mismo, sino que se hace menester, para mantener la estabilidad de la sociedad civil, que el liberalismo había considerado aproblemática, la intervención del Estado, democráticamente legitimado, en el ciclo económico, y la compensación, por vía de derechos reconocidos, de las vicisitudes que en contra del supuesto liberal, el orden liberal de la esfera del trabajo se muestra incapaz de absorber; es el estado de derecho democrático y social.

Tanto la obra de Rawls como la obra de Nozick aparecen en el instante en que el Estado benefactor, el contemporáneo compromiso histórico entre las tradiciones liberal y democrática empieza a hacerse inviable por razones funcionales. En la obra de Nozick se niega a Rawls algo que éste parece tomar como algo obvio: que la estructura básica de la sociedad es el objeto primero de la justicia. «El papel de las instituciones que pertenecen a la estructura básica es asegurar estas condiciones justas de fondo en el marco de las cuales tienen lugar las acciones de los individuos y asociaciones. A menos que esta estructura esté apropiadamente regulada y ajustada, un proceso social, inicialmente justo, puede dejar en un momento de ser justo, por más free and fair que puedan parecer las transacciones particulares cuando se las mira en sí mismas» (Rawls 1978, 53). Pues bien, ni para la tradición liberal ni para la tradición liberal radicalizada existe tal *background justice* que prejuzga la justicia o injusticia de las formas de comportamiento ejercidas en su marco. Sólo puede llamarse justa a la estructura social, cualquiera que sea y por más «desagradable» que pueda resultar a un espectador, que «resulte» de *comportamientos* justos. Cuando en «The Basic Structure as Subject», Rawls, tras describir el planteamiento de Nozick trata de enfrentarse a él, en realidad lo elude: «Empezaré señalando, dice, algunas consideraciones que nos llevan a mirar la estructura básica como objeto primero de la justicia, *al menos cuando* procedemos dentro del marco de a kantian social contract theory», lo que para Rawls viene a significar: dentro del marco de la tradición democrática. Pero entonces, si la suposición básica es que bajo la competencia de la asamblea de ciudadanos cae la regulación de la vida colectiva, sobre todo en sus aspectos centrales, y ello en un proceso de deliberación sometido a determinadas condiciones que aseguren que los re-

sultados de las deliberaciones definan, en efecto, fair terms of cooperation, sí es verdad que la basic structure es el objeto primero de la justicia; mas esto es una tautología, no una respuesta a la tradición liberal radicalizada.

Ahora bien, el libro de Nozick articula un concepto de mónada moral «free and equal» que también es trasunto de deep seated convictions and traditions de los estados modernos y que, al prescindir del concepto de sociedad como empresa cooperativa, nada tiene en absoluto que ver con lo que la construcción de Rawls articula, en la que la «overarching fundamental intuitive idea» (Rawls 1985, 231) es la de la sociedad como un fair system of cooperation entre personas morales libres e iguales.

Naturalmente, no se trata aquí de proceder a una comparación entre Rawls y Nozick, sino de lo siguiente: la teoría de Rawls pretende articular una concepción de la justicia social y política que sea *congenial* con las deep seated convictions and traditions de un estado democrático moderno, convicciones y tradiciones a las que toma como dadas. Pues bien, cabe sospechar, ante el libro de Nozick, que esas tradiciones y convicciones, cuando se las toma *as given,* resultan tan incompatibles que hacen imposible la filosofía política como la practica1 social task que Rawls quiere que sea. Para cumplir su tarea social práctica la filosofía política tendría que empezar siendo una *empresa teorética* de revisión, revaluación y de reformulación de las tradiciones que Rawls considera como dadas, y Rawls parece dar por sentado que la filosofía política no puede ser hoy tal cosa. Cabría concluir que entonces la filosofía política no es posible ni como «filosofía política» *verdadera* ni como «filosofía política» *política.* Y por tanto, si la obra de Rawls nutrió la ilusión de que por fin teníamos una filosofía política, quince años después cabe sospechar que ni hay ni puede haber tal filosofía política.

8. Pero, ¿es posible aún una filosofía política?

Mas hay desengaños de los que cabe aprender, y no poco. Pues, ¿cabía concebir en serio la ilusión de que fuera posible esa filosofía política situada por encima de las ciencias sociales o situada al lado de, pero nunca dentro de, las ciencias sociales? En un momento nos dice Rawls: «I suppose the society in question is closed» (Rawls 1982, 15). No es difícil reconocer aquí la autarkeia que en el esquema aristotélico de la política clásica se atribuye a la koinonia politiké frente a otras formas de koinonia englobadas en ella. En la «Filosofía del Derecho» de Hegel se rompe por primera vez con el esquema aristotélico de la política clásica que considera a la sociedad como república, seu societas civilis, seu communitas politica, esquema que se mantiene en pie hasta el propio iusnaturalismo moderno, cuyo contenido Rawls quiere reformular y cuya *forma* Rawls trata de resucitar. Hegel nos describe como característica de la modernidad social la emergencia de un orden social distinto del político, cuya descripción excede las posibilidades de aquel esquema. De la aporética de ese orden, por la que éste se ve llevado más allá de sí mismo hasta cerrar al mundo en un único sistema y de su relación con los órdenes estatales han de ocuparse, naturalmente, las ciencias sociales. Y dicho con simpleza, éstas, cuando aparte de describir, quieren enjuiciar lo que describen, incorporan en, y articulan con, sus supuestos teóricos supuestos normativos, que en algún señalado caso son los de la ética kantia-

na contemporánea, con el fin todo ello de contribuir a hacerse cargo de la situación y alumbrar (ahí es nada) nuevas formas de vida satisfactorias y viables. «El ideal de una sociedad bien ordenada, escribe Rawls, presupone una teoría de la naturaleza humana, y en términos generales una teoría sociológica, pero la tarea de la doctrina moral es especificar una apropiada concepción de la persona que los hechos generales acerca de la naturaleza humana y de la sociedad permitan» (Rawls 1980,534). Pues bien, me temo que lo que las ciencias sociales empiezan no permitiendo es el esquema de pensamiento que Rawls utiliza en su filosofía política; quedó rebasado con mucho por las actuales circunstancias históricas de la justicia. Puede que la línea de pensamiento que va de Hegel-Marx a Giddens-Habermas-Wallerstein, por citar algunos nombres que ayuden a fijar lo que quiero decir, no tenga más perspectiva de éxito que la propia filosofía política de Rawls, pero lo que sí es cierto es que no consiente a su lado (si no es con carácter muy subordinado y a efectos sólo de practicabilidad; por ejemplo, a la hora de enjuiciar un determinado sistema jurídico *como si* fuese el de una sociedad cerrada) la *forma* de filosofía política a que se atiene el tipo de renovación del iusnaturalismo moderno que las obras de Nozick y Rawls, por citar dos ejemplos, representan. Es posible que hoy sólo quepa pensar en una filosofía política dentro de las ciencias sociales, es decir, como *sociología crítica.*

BIBLIOGRAFÍA

Habermas, J.
1983: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln,* Frankfurt.
Hare, R.M.
1981: *Moral Thinking,* Oxford.
1984: «Liberty and Equality», en *Social Philosophy and Policy,* vol. 2, 1.
Kant.
1946: *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (vers. García Morente), Madrid.
1929: *Kritik der Praktischen Vernuft* (ed. K. Vorländer, Phil. Bibliothek), Hamburg.
Rawls, J.
1951: «Outline of a Decision Procedure for Ethics», *Philosophical Review,* 60, 195l.
1973: *A Theory of Justice,* Oxford.
1978: «The Basic Structure as Subject», en Goldman/Kim (ed.), *Values and Moral,* Dordrecht.
1980: «The Kantian Constructivism in Moral Theory», *Journal of Philosophy 77.*
1982: «The Basic Liberties and their Priority», *Tanner Lectures on Human Values,* Utah U. P.
1985: «Justice as Fairness: Political not Metaphysical», *Philosophy and Public Affairs,* vol. 14, 3.
Tugendhat, E.
1984: *Probleme der Ethik,* Stuttgart
Jiménez Redondo, M.
1983: *Constructivismo, Rawls, Nozick,* Valencia.

En prensa ya este artículo, se acaba de publicar en castellano «Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia» (Tecnos, Madrid, 1986), con traducción y estudio introductorio de M. A. Rodilla.

CIENCIA JURÍDICA O TÉCNICA POLÍTICA: ¿ES POSIBLE UNA CIENCIA DEL DERECHO?

1

Confieso una cierta fatiga ante el renovado malestar que los juristas, insatisfechos al parecer con los logros y perspectivas de su quehacer teórico, no dejan de formular expresivamente, aunque poco o nada modifiquen en la actividad que denigran. Tenemos, por un lado, las tendencias que se consideran a sí mismas progresistas dando pábulo a orientaciones críticas en que se invoca una teoría revolucionaria cuyo mayor defecto, hasta la fecha, es el no haber sido elaborada. Estos críticos de la izquierda denuncian airadamente, no sólo la supuesta insuficiencia de la ciencia jurídica corriente, insuficiencia debida a una incapacidad aparente para abarcar el dominio completo de su tema objetivo de investigación, sino el incurrir quizás sin saberlo, en una oscura confabulación destinada a perpetuar el dominio de este o aquel grupo de poder, o, con mayor abstracción e imprecisión, a facilitar la reproducción de algún sistema económico y social inicuo. De donde resulta que el inocente jurista, dedicado acaso a pergeñar algunas páginas sobre la perención procesal de alguna abstrusa acción civil, o cosa pareja, se ve convertido de la noche a la mañana en cómplice necesario de una acción nefasta. Por la derecha y por el otro lado, tenemos las líneas nostálgicas de alguna escolástica medieval, como las que dicen abrevar en el tomismo o en alguna de sus múltiples variantes, que fulminan a la dogmática comúnmente practicada, por incurrir en desviaciones morales condenadas a pasar por alto, por ejemplo, los principios que, a través de chispazos o recursos metódicos similares, captaríamos en algún hábito del entendimiento o de la voluntad -fenómenos todos ellos que la psicología contemporánea ignora-, como el que oscuramente se suele denominar sindéresis. Y vemos así a devotos iusfilósofos, que, según supongo, rehuirían espantados someterse, al ir al dentista, a las técnicas de los sacamuelas del siglo XII, anatemizar la actividad de juristas del siglo XX que no respetarían las pautas que habrían respetado los inexistentes científicos sociales del Medievo.

Pero corresponde reconocer que aún los juristas «normales» (en sentido kuhniano) de nuestro tiempo, quizás con un fervor más intenso que el manifestado por los biólogos, los astrónomos, los físicos o los matemáticos, no cesan en la interesante tarea de cuestionar el status científico de lo que hacen. E inclusive el jurista sin desvelos teóricos, el jurista práctico, suele incurrir en bizantinas discusiones metodológicas que, por lo que se sabe, no alteran excesivamente el sueño de carpinteros, tipógrafos, especialistas en la aceleración de partículas elementales, o de honestos jardineros, para mencionar a otros tantos técnicos prácticos.

Pongo de lado en este escrito la referencia a aquellas posturas que reniegan enteramente de la cientificidad de la jurisprudencia, sea porque el derecho, al ser un dato histórico cambiante y contingente, no admitiría ser ob-

jeto de una ciencia pensando cánones quizá aristotélicos, cánones que obligan, por cierto, a renegar de buena parte de las ciencias modernas, incluídas las exactas. Pongo también de lado, por ahora, el tratamiento de las tesis harto frecuentes en las tendencias autodenominadas «críticas», que atribuyen a los juristas distintos grados de ceguera, miopía o estrabismo, cuando no perversidad moral o política, al no hacerse cargo suficientemente de aquellas características del derecho que, para estos revolucionarios académicos, son de inexcusable tratamiento: la infra o la supraestructura económica o ideológica, la glosa de algún oscuro dictamen de C. Marx o Tomasso d'Aquino, o el descuido de alguna otra nota atribuida al derecho por esos autores que efectivamente la ciencia jurídica contemporánea se empeña en pasar por alto. No discuto tampoco -aunque sí lo haré más adelante frente a una interpretación que ahora cunde- la opinión que reniega de la posibilidad de alguna alcurnia teórica para la jurisprudencia, en cuanto ésta, por algún sino inescrutable, tendría que contentarse con ser un producto de la razón práctica sobre lo cual, como se sabe, algo dijeron Aristóteles y sus intérpretes escolásticos. Descarto también, y por fin, las líneas que, aún admitiendo que la jurisprudencia pueda exhibir al menos una pretensión teórica, el conocimiento producido habría sido logrado sin echar mano de ciertos procedimientos, variadamente bautizados de intuitivos, hermenéuticos, retóricos o propios de un «olfato» específicamente jurídico, que no encajan muy bien en modelos de ciencia más discretos, que no repudian de los recursos lógicos ni de otros procedimientos tradicionales.

2

Por cierto que esta penosa situación ha provocado una abundante literatura destinada a diagnosticar, desentrañar y remediar la afligente situación de la jurisprudencia. También esta situación ha acuciado a pensadores importantes de nuestra época, empezando por Kelsen, a una permanente y renovada atención por el problema del status epistemológico de la ciencia del derecho. Bobbio, por ejemplo, a lo largo de extensa preocupación por el saber jurídico, ha tenido muchas ocasiones de ocuparse de este insólito aspecto de la actividad científica en torno al derecho. Así, en distintos momentos, destacó el cariz técnico de la labor teórica de los juristas; en otro, la relación estrecha que la jurisprudencia mantiene con el análisis del lenguaje y la lógica; al tratarse, según se dice, de un conocimiento normativo tuvo que examinar los posibles sentidos de tal atribución, pues no es nada claro que sea una ciencia normativa; por fin, al prestar atención a los usos del conocimiento jurídico, hizo hincapié en las diversas funciones que el conocimiento científico del derecho puede adoptar en sistemas sociales de diverso grado de desarrollo. Podría aludir aquí a recientísimos trabajos de Aarnio, Pattaro o Jori; pero me interesa examinar las tesis recientemente formuladas por Manuel Atienza en su «Introducción al derecho» de 1985, no sólo por tratarse de un pensador actual en el mejor sentido de la palabra sino porque me parece preocupante que una visión semejante sea vista como la adecuada para inculcar a los estudiantes que recién se lanzan a los vericuetos de la denostada ciencia dogmática del derecho.

Cabe subrayar, por de pronto, que Atienza, como es corriente, se ve constreñido a considerar el modelo dogmático de ciencia jurídica como el paradigma vigente en estos tiempos. Su severo cuestionamiento de la situación presente del conocimiento jurídico -la pregunta es, ni más ni menos: ¿es la jurisprudencia un saber científico físico? *(op. cit.* p. 274/283)- parte de ciertas consideraciones que no cabe sino reconocer como válidas: 1) no existe una ciencia única en relación con el derecho, sino que contamos con una pluralidad de saberes con status epistemológico variados: ciencia dogmática, teoría general del derecho, sociología jurídica, lógica normativa, etc. El cuestionario crítico atañe principalmente a la dogmática tradicional y cabe preguntarse cómo se relaciona con esas otras disciplinas, cuyo rango científico es menos discutido o discutible. 2) El discurso de la dogmática jurídica tiene, enojosamente, un alcance normativo, un sentido práctico, que afectará menos a otras disciplinas más puramente teóricas. El jurista, por de pronto, normalmente figura entre los destinatarios de las mismas normas que estudia y, en principio, las aceptaría como «criterio exclusivo de regulación» de la conducta social, y, por ende, de la propia. «La elaboración dogmática» provocaría así «una aproximación entre el sujeto y el objeto de la investigación mucho mayor de lo que ocurre en el caso de las otras disciplinas sociales». Y ¿cómo no pensar que ello introduzca un factor de distorsión del objeto?

Dadas estas desgraciadas características, resultaría que la «determinación del objeto de estudio, el derecho vigente, no parece que pueda hacerse con independencia del análisis de la eficacia sociológica de las normas», que modelan también la conducta del jurista. «Todas las operaciones normativas -decreta Atienza- son, de alguna forma, políticas». El jurista, sujeto a esa operación, está políticamente condicionado y, en consecuencia, las normas que pretende describir o interpretar sólo podrían serlo partiendo de la aceptación de los fines políticos que las mismas están destinadas a lograr. De ahí que, en la realidad de la práctica jurisprudencial, las funciones cumplidas por la dogmática no se agotan en la ascéptica construcción de un sistema conceptual, sino en la elaboración de «criterios para la aplicación de las normas vigentes» y de «criterios para el cambio del derecho». Vale decir: hacer ciencia jurídica es hacer política, pues «el jurista teórico ha cumplido siempre una función prescriptiva»: «contribuye a formar el derecho». No debe sorprender, pues, que la dogmática recibida, pretendida disciplina teórica, dedicada a clasificar y ordenar, y quizás explicar, un cierto material normativo de ciertos actos empíricos de creación de derecho sólo sea «una disciplina normativa», tanto en cuanto a su objeto, como a su método y a su función. Atienza remacha el clavo: la ciencia o ciencias jurídicas padecerían de una incurable incapacidad, que hace sospechosas todas sus formulaciones. No podrían distinguir rigurosamente entre su objeto -las normas jurídicas- y su propio discurso, las proposiciones referentes a esas normas. ¿Cómo dudar de que el lenguaje de la ciencia jurídica no sea tan prescriptivo como las normas que dice estudiar y cómo diferenciar el discurso pragmático del político del discurso del jurista que, a la postre, dice lo mismo?

Además, pretender que esta cuestionada ciencia, o este confuso haz de saberes de dudosa cientificidad, logre la mentada neutralidad valorativa que, desde Weber, es piedra de toque (creen muchos) de toda ciencia social digna

de tal norma, es utópico. El saber jurídico, para Atienza, constituye «una actividad valorativa», no sólo en cuanto aporta criterios para la modificación del derecho y para su aplicación, sino en cuanto la elaboración misma de su aparato conceptual le exige hacerse cargo de los valores ínsitos en las normas. De ahí a renegar de la posible neutralidad teórica del jurista frente a su objeto no hay gran trecho. El jurista es un político que, como ciertos anormales, *n'ose pas dire son nom.* Bien merece, pues, los denuestos que le propina la izquierda descontenta y la derecha cómplice.

3

En su análisis, retorna Atienza el examen del conocido alegato sobre el valor científico de la jurisprudencia que pergeñara Kirchmann, un alegato, pienso, que sería bueno archivar de una buena vez, puesto que responde a una idea de ciencia que ni siquiera refleja modelo aceptable de ciencia moderna. Atienza apunta que el carácter mutable del objeto jurídico su contingencia y la manifiesta inutilidad y falta de actualidad de la actividad del jurista científico, que Kirchmann denuncia, son características que pueden hacerse extensivas a la jurisprudencia pensada como una mera técnica social.

La cuestión queda planteada así: la pretensión científica de la jurisprudencia provendría de «la falta de prestigio social de los juristas y de la labor teórica que desarrollan», carencia que se pretende superar usufructuando el rótulo de «científico». El reproche es conocido: en nada difiere del que hoy se dirige habitualmente contra el psicoanálisis y recuerda al que desde el siglo XVI, se espeta contra la astrología u otros desvaríos. Por un lado nuestro autor sostiene que la dogmática jurídica no es una ciencia «porque su objetivo no es el de conocer por conocer, sino el de conocer para actuar», sonsonete en el que pervive la idea de una ciencia platonizante pensada como pura contemplación gratuita, y la de una razón práctica productora de una teoría que no limita a su practicante a la mera contemplación, sino que lo hace actuar, esto es: una razón que no se limita a declamar la verdad de ciertas legalidades, sino que performativamente las realiza. Se trata claro de esa razón práctica y de su correspondiente *scientia* o *tejné* que los neoescolásticos añoran y los neopositivistas repudian. Pero hay más en las afirmaciones de Atienza: la falta de percepción, por Kirchmann y otros epistemólogos contemporáneos, de una «distinción adecuada» entre ciencia y técnica, hace desdeñar la verdad de la tesis que Atienza formula en términos quizás (o, mejor sin quizás) exagerados: «La jurisprudencia es una técnica y no puede dejar de serlo». El fundamento de esta terminante afirmación nos es ahorrado. Con todo, no implicaría relegar a los juristas a un lugar social incómodo, donde se verían acompañados por plomeros, sacamuelas y remendones. La jurisprudencia, en tanto que técnica, exhibiría sí los achaques que Kirchmann atribuye a la atribulada ciencia jurídica, pero esos achaques no son tan desdorosos de tratarse de una mera técnica; más, constituirían elementos esenciales de tal técnica. Esta segunda tesis quedaría atenuada con los siguientes argumentos, con los que Atienza cierra el correspondiente capítulo de su libro y, según parece, deja formulada su opinión personal: «carece de sentido y de interés plantearse el problema de si la jurisprudencia es o debe llegar a ser una ciencia...»; sí importaría la «cuestión

pertinente... de saber si, en cuanto técnica (la jurisprudencia) puede incorporar y utilizar conocimiento científico y conocimiento tecnológico procedentes, en principio, de otras áreas (por ejemplo, conocimiento proveniente de la lógica formal, la economía, la sociología, la teoría de juegos y de decisión, de la informática, etcétera)». Entiendo que estas afirmaciones expresan tesis más que discutibles. Discutámolas.

4

Si se deseara distinguir a la jurisprudencia, en tanto ciencia, de la jurisprudencia en tanto técnica, y si de esa distinción dependiera el poder pensar con alguna claridad qué sea eso que hacen los juristas y qué cosa sea lo que producen, pareciera importante saber a qué atenerse con respecto a qué se entienda por ciencia y qué, por técnica. Pero lo cierto es que no lo sabemos y que Atienza tampoco arroja mayores luces al respecto. No se trata de una distinción evidente ni comprensible de suyo.

Lo que parece es que, en la discusión glosada, quedaran tácitos ciertos presupuestos que fundan las tesis expresas de Atienza. Pero no hay razón alguna para aceptar como verdades indiscutibles tales presupuestos. No aludiré a la nebulosa distinción entre un conocimiento teórico (un conocer por conocer, frase hecha que no sé qué sentido tenga) y un conocimiento práctico (un conocimiento resultante de las actividades de una razón práctica cuya mera existencia es sospechosa). En cambio, sí me referiré a la tesis fundante según la cual ciencia (teoría) y técnica (práctica) son dominios excluyentes, tanto vistas como actividades, como vistas como un discurso. Por el contrario, pareciera que lo típico de las ciencias modernas y de las técnicas respetables es el no dar pie a tal dicotomía. En nuestro tiempo y desde Galileo, según cuentan, ciencias y técnicas están inextricablemente enlazadas: las ciencias modernas no sólo dan lugar a técnicas; aun en las ciencias formales, donde un teorema puede traducirse en un algoritmo y éste ser usado en un cálculo, sino que esas técnicas son la aplicación de las leyes teóricas. Las técnicas desarrolladas son, expresamente, técnicas científicas. La distinción entre ciencias y técnicas, si cabe, se da según los contextos de uso del discurso científico: se usa la teoría para alcanzar ciertos efectos empíricos, pero también se recurre a ciertas prácticas para verificar, corregir, refutar o extender la teoría. De ahí que sea un lugar común de la metodología contemporánea destacar el carácter científico de las técnicas vigentes, para diferenciarlas de otro tipo de técnicas, como las primitivas utilizadas en las prácticas religiosas, en las artes y artesanías o, inclusive en la vida cotidiana. Hasta un escritor tan poco perspicaz como Ortega no pudo dejar de apuntar esta notoria característica de las ciencias y las técnicas modernas. De ahí que interrogarse sobre si una cierta actividad o un cierto discurso sea ciencia o técnica, implica sustentar una disyunción que el pensamiento actual más bien conjuga. Si la jurisprudencia que hoy practicamos fuera necesariamente una técnica, en el sentido indicado, seguramente habría que suponerla fundada en conocimientos teóricos a los que no habría razón, de existir, para negarles el título de ciencia. Y, en principio, pareciera que la técnica de los juristas, en cuanto pueden realizar ciertos actos y predecir ciertos efectos a la luz de la aplicación de ciertas leyes, difiere bastante de las técnicas del

brujo de la tribu, del pontífice romano o de los sacerdotes de algún culto. No se ve por qué el fundador teórico de las afirmaciones y actividades técnicas del jurista sólo pudieran relacionarse con las ciencias en la medida en que recurrieran a ese pot-pourri (lógica, sociología, economía, teoría de juegos, etc.. .) que invoca Atienza. Los juristas del presente y los de ayer sean técnicos científicos o chamanes iluminados, no trabajan de ese modo ecléctico: lo que el jurista dice y hace, en su práctica profesional se funda en enunciados técnicos sustentados en un conocimiento teórico del sistema normativo de que se trate, y no en el recurso a aquellas variadas disciplinas

Es que, en el texto que gloso, aparece, creo, una cierta ambigüedad sobre qué entender por técnica. Puesto que si bien una técnica es un repertorio de actividades orientadas a lograr ciertos fines (una modificación en el estado de cosas), también la técnica es aquel conjunto de enunciados legales cuya aplicación o realización pretende alcanzarse con esas actividades. Tenemos tanto la actividad del técnico que manipula los ingredientes y mecanismos de un procedimiento industrial, como las reglas técnicas, fundadas en enunciados teóricos, que orientan a este técnico en lo que hace. En cuanto nos ocupamos de la jurisprudencia, en cambio, la actividad realizadora (aplicación de normas, interpretaciones de leyes, promulgación de códigos etc.), esto es, las actividades que producen derecho, son vistas redondamente como una actividad política, en ese sentido amplio, es considerada una técnica (social) científica, en el sentido en que lo son corrientemente las prácticas clínicas del médico o la intervención en un proceso industrial del ingeniero. Pensamos que el jurista profesional (al que la opinión corriente no considera un político en el sentido en que lo es un parlamentario), es capaz de llevar a cabo actividades fundadas en su conocimiento previo de ciertos enunciados normativos, manteniendo inclusive un suficiente nivel de neutralidad valorativa tanto con respecto de los valores que esas normas presupongan como con respecto del valor que quepa atribuir al efecto producido. Esto es, el postulado «sometimiento» a los valores del ordenamiento a que el jurista estaría condenado, o aun su compromiso personal con los mismos, no impiden que pueda formular hipótesis sobre cursos de acción normados, susceptibles de verificación, falsificación, sistematización, etc. En este respecto no me parece acertada la propuesta de Atienza de reducir la dogmática a una técnica no científica, técnica que quizás podría alcanzar un cierto nivel de cientificidad recurriendo a los conocimientos de otras disciplinas que tienen al parecer y para nuestro autor, rango de ciencia.

Si este análisis es correcto, no se advierte cuál sea la razón que haya o qué suerte de fatalidad toque en suerte a la jurisprudencia, para tener que asentir a la excesivamente fuerte tesis de Atienza, aquella de que «la jurisprudencia es una técnica y no pueda dejar de serlo». Creo, más bien, que habría que limitarse a comprobar que los juristas cumplen actividades de distinto tipo, algunas de las cuales no hay inconveniente en caracterizar como científicas y en denominar «ciencia» a su formulación, así como no veo inconveniente en pensar como acciones técnicas a múltiples actividades y expresiones de los juristas. Algunas de esas técnicas tienen hoy nivel científico, según los rasgos generales que a las ciencias se atribuyen actualmente. Cierto que no responde esta ciencia jurídica a los tipos corrientes en las ciencias empíricas o a las ciencias formales. Pero ello no basta para descalificar-

la como ciencia. También es cierto que muchas de las técnicas utilizadas por los juristas no tienen el carácter de una técnica científica, manteniéndose el nivel de prácticas más primitivas. Pero si haciendo una generalización imprudente, todas las actividades de los juristas, y su discurso, son considerados acciones políticas -incurriendo en gran confusión de lenguaje y, también, introduciendo subrepticiamente una motivación persuasiva-, parece notorio que habría que aceptar que las actividades de los juristas y la ciencia jurídica dogmática no son, ya no ciencias teóricas conforme al modelo de las ciencias duras (puesto que, desgraciadamente, no hay tal tipo de conocimiento teórico en el terreno de la política), sino tampoco técnicas en el sentido indicado de técnicas respaldadas en un conocimiento teórico objetivo. ¿Se parece más el jurista al político en trance de tomar una decisión a la luz de cierta valoración o de cierta ideología, o semeja más al psicólogo en su práctica clínica? ¿O cabe compararlo con científicos como el sociólogo o el historiador, terrenos teóricos indispuestos pero donde la actividad experimental o la práctica clínica son inexistentes? La respuesta es obvia: algunas de las cosas que hace el jurista lo asemejan al político; otras, lo acercan al ingeniero, al médico, al psicólogo. ¿Por qué poner todo bajo un único rasero?

5. Se me ocurre que habría que indagar, con un detalle y rigor imposible en estas páginas, qué haya detrás de ese continuo interrogarse, crónico en los juristas, por el status teórico de su discurso y por el sentido objetivo de sus actividades. Se me ocurre que en las tendencias contemporáneas que machaconamente ponen en el banquillo de los acusados, a una ciencia jurídica que, por otra parte, los propios impugnadores utilizan y desarrollan, se oculta una veta de irracionalismo, inspirada quizás en los tantos irracionalismos políticos, ideológicos, religiosos, etc., que hoy prosperan.

SOBRE LA JURISPRUDENCIA COMO TÉCNICA SOCIAL. RESPUESTA A ROBERTO J. VERNENGO

1

Aún a riesgo de incrementar la fatiga que al profesor Vernengo le ocasionan estos temas, no voy a dejar pasar la oportunidad de emitir algunas opiniones sobre sus agudos comentarios a propósito de uno de los problemas abordados en mi libro *Introducción al Derecho* (Atienza, 1985). El lector, sin duda aún no suficientemente fatigado por la cuestión después de haber leído a Vernengo, no se tomará a mal -supongo- que comience mi exposición mostrando algunas discrepancias -quizás no tan sólo de matiz- con la descripción que Vernengo hace de mis puntos de vista, para pasar después a consideraciones que tienen más que ver con el fondo del asunto: el de la cientificidad o no de la Jurisprudencia. Al final trataré de mostrar sintéticamente cuál es el balance que, en mi opinión, arroja la polémica.

2

El primer y fundamental punto de discrepancia con Vernengo se refiere a la tesis que él me atribuye, y que yo creo no haber defendido nunca, según la cual la Jurisprudencia, la «ciencia» del Derecho, no sería otra cosa que política. Ya el mismo título puesto a su comentario («Ciencia jurídica o técnica política») apunta a ello, al igual que numerosas afirmaciones que, según entiendo, reflejarían -en opinión de Vernengo- mi punto de vista sobre la cuestión, tales como las siguientes: «Las funciones cumplidas por la dogmática no se agotan en la aséptica construcción de un sistema conceptual, sino en la elaboración de «criterios para la elaboración de las normas vigentes» y de «criterios para el cambio del Derecho». Vale decir: «hacer ciencia jurídica es hacer política...» (Vernengo, 1986). «¿Cómo dudar de que el lenguaje de la ciencia jurídica no sea tan prescriptivo como las normas que dice estudiar y cómo diferenciar el discurso pragmático del político del discurso del jurista que, a la postre, dice lo mismo?» *(Ibid.).* «Pero si haciendo una generalización imprudente, todas las actividades de los juristas, y su discurso, son considerados aserciones políticas- incurriendo en gran confusión de lenguaje...» *(Ibid.)*

Ahora bien, la tesis de la politicidad de la Jurisprudencia puede defenderse como una tesis fuerte (la Jurisprudencia es tan sólo una forma de la política) o como una tesis débil (la Jurisprudencia es una actividad impregnada de politicidad, pero la Jurisprudencia no puede reducirse a política). Vernengo me atribuye la primera de las dos tesis, cuando la que yo creo haber defendido es la segunda. El párrafo que sigue, extraído del libro al que él se refiere, bastará, me parece, para justificar lo que digo: «... los juristas marxistas -y no son los únicos- propenden a asumir frente a las normas un punto de vista político. A menudo ven el Derecho vigente como un ins-

trumento de lucha política. En mi opinión, es inevitable reconocer en la actividad dogmática una dimensión sociológica (...) e igualmente, una dimensión política (...), pero el carácter sociológico y político de la Jurisprudencia tiene también un límite. En otro caso, la dogmática dejaría de ser un mecanismo que facilita el funcionamiento y desarrollo del Derecho velando al mismo tiempo por la seguridad jurídica, es decir, haciendo que los actos de las autoridades y de los ciudadanos en general, o mejor dicho, las consecuencias jurídicas de éstos, resulten relativamente previsibles» (Atienza, 1985, pp. 175-6).

Por otro lado, yo no afirmo tampoco que el lenguaje de la ciencia jurídica sea tan prescriptivo como el del Derecho mismo, sino -algo más matizadamente- que «no parece posible establecer siempre una neta distinción entre las normas -el Derecho positivo- y las proposiciones normativas elaboradas por la ciencia del Derecho» (Atienza, 1985, p. 277). Y al ocuparme tanto de la concepción de Kelsen, como de la de Hart o Bobbio, destaco el propósito que creo encontrar en los tres autores -aunque, en mi opinión, no logrado del todo- de aislar y analizar un tipo de enunciados distintos tanto de las prescripciones (de las normas) como de las simples descripciones, y que deberían servir para caracterizar discursos como el de la dogmática jurídica (*Ibid.,* pp. 238, 252 y 255).

Debo mostrar también mi disconformidad con alguna otra afirmación de Vernengo, como la siguiente: «Atienza apunta que el carácter mutable del objeto jurídico, su contingencia y la manifiesta inutilidad y falta de actualidad de la actividad del jurista científico, que Kirchmann denuncia, son características que pueden hacerse extensivas a la jurisprudencia pensada como una mera técnica social» (Vernengo, 1986). Pero lo que yo pretendí afirmar -y, según creo, afirmé- no es precisamente eso, sino que «si partimos de la idea de que la Jurisprudencia es una técnica, los argumentos de von Kirchmann se vuelven sencillamente impertinentes» (Atienza, 1985, p. 281), es decir, resultan fuera de lugar, dejan incluso de tener sentido. En particular, yo nunca he sostenido que la Jurisprudencia sea o haya sido una actividad inútil (como parece sugerirlo el párrafo de marras, aunque el propio Vernengo lo «rectifica», en cierto modo, un poco más adelante), sino, muy por el contrario, que «no es difícil mostrar que la dogmática jurídica, considerada globalmente, cumple una función social útil (...). En pocas palabras, la función positiva de la dogmática podría explicarse así: un sistema jurídico que careciera de elaboración dogmática estaría en disposición de resolver muchos menos problemas que el mismo sistema dotado de una dogmática adecuada» (Atienza, 1985, p. 282).

Y dejaré ya esta especie de «memorial de agravios» -que de todas formas hubiera podido ser más extenso- para pasar a ocuparme de la parte de la crítica de Vernengo que considero afecta a mi postura.

3

La crítica más importante que me dirige Vernengo es que mi tesis de que la Jurisprudencia no es una ciencia, sino una técnica, presupone obviamente una distinción entre ciencia y técnica que no sólo no está desarrollada en mi libro (excepción hecha de una referencia al «conocer por conocer» de

la ciencia frente al «conocer para actuar» de la técnica que él juzga insostenible) sino que, en su opinión, es imposible de establecer; ello, por otro lado, arruinaría por completo mi tesis desde su propia raíz, ya que «interrogarse sobre si una cierta actividad o un cierto discurso sea ciencia o técnica, implica sustentar una distinción que el pensamiento actual más bien conjuga» (Vernengo, 1986).

Si yo pretendiera defender mi concepción de la dogmática jurídica tal y como aparece formulada en el libro a que se refiere Vernengo, frente a la objeción que acabo de indicar, los argumentos a esgrimir serían, más o menos, del siguiente tenor.

El primero consistiría en negar que haya pretendido presentar el dominio de la ciencia y el de la técnica como absolutamente excluyentes. Vernengo sugiere -o, más que sugiere, afirma- que una tesis fundante de mi concepción es la de que «ciencia (teoría) y técnica (práctica) son dominios excluyentes, tanto vistas como actividades, como vistas como un discurso. Por el contrario, pareciera que lo típico de las ciencias modernas y de las técnicas respetables es el no dar pie a tal dicotomía» (Vernengo, 1986). Pero también aquí habría que decir, una vez más, que una cosa es pensar o postular que ciencia y técnica son realidades distintas y que se deben distinguir, como es mi punto de vista, y otra bastante distinta es considerar que se trata de dominios excluyentes, es decir, considerar que se puede establecer entre ellas una distinción tal que convierta a ambas actividades en realidades que no posean nada en común. En realidad, no me hallo en desacuerdo con las consideraciones que Vernengo hace a propósito de la estrecha interconexión existente entre la ciencia y la técnica pero, en mi opinión, ello no significa que haya que renunciar a diferenciar la una de la otra.

Y el segundo argumento podría formularse así. Aunque no estuvo entre mis propósitos tratar a fondo la cuestión, en mi libro puede encontrarse alguna referencia a la distinción ciencia/técnica, más allá de la que Vernengo considera. Me tomo la libertad de citar de nuevo aquí algunos párrados de aquella obra: «La investigación técnica no trata de explicar un acontecimiento, sino de estudiar cómo se puede producir un determinado resultado, dadas ciertas condiciones; su fin no es propiamente conocer, sino obtener ciertos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos. En consecuencia, una regla técnica -por ejemplo, la interpretación que hace la dogmática de un determinado artículo- será más progresiva que otra si consigue obtener más y mejores resultados; en el caso de la dogmática, si permite resolver más problemas jurídicos típicos o permite resolverlos mejor. Naturalmente, la evaluación del progreso técnico choca con dificultades semejantes a las que tenía que afrontar la ciencia. Así, el ejemplo anterior de la dogmática presupone un consenso respecto a cuáles deben considerarse como problemas jurídicos, y cuales son los límites normativos, valorativos, etcétera, dentro de los que debe moverse la actividad de los dogmáticos» (Atienza, 1985, p. 282).

4

Como no deseo limitar la discusión sobre este problema a lo que pude escribir o dejar de escribir en aquella ocasión, trataré de aprovechar la opor-

tunidad que me brinda esta polémica con el profesor Vernengo para desarrollar la tesis del carácter esencialmente técnico de la Jurisprudencia, que sigo considerando como una tesis adecuada. Con este propósito, las páginas que siguen las dedicaré a mostrar, en primer lugar, que es posible -y deseable- distinguir la ciencia de la técnica y que es posible trazar una distinción que no los presente como dominios por completo excluyentes; luego señalaré como tal caracterización de la técnica se adecúa bastante bien a lo que es la Jurisprudencia (a lo que los dogmáticos hacen cuando desarrollan la dogmática jurídica); y finalmente indicaré qué consecuencias se derivan de dicha caracterización o, dicho de otra manera, trataré de mostrar que la discusión en torno a la naturaleza (real o posible) de la Jurisprudencia no es estéril.

4.1. En una obra reciente (Bunge, 1985), Mario Bunge formula una caracterización de la ciencia y de la tecnología, y de sus semejanzas y diferencias, que me parece convincente. Aquí me limitaré, por tanto, a recoger sintéticamente la distinción en cuestión y que sin más hago mía, lo que quizás pueda verse como el cumplimiento de un cierto deber de fidelidad, pues por debajo de la concepción que mantenía en la obra criticada por Vernengo estaba también -aunque quizás más implícita que explícitamente formulada- la caracterización de la ciencia y de la tecnología elaborada por Bunge en otros trabajos suyos de fecha anterior (ver, sobre todo, Bunge, 1980).

El punto de partida del análisis de Bunge es que tanto las ciencias como las tecnologías (y también las ideologías, las pseudociencias, etc.) pueden verse como campos de conocimiento que comparten ciertas características, en el sentido de que en todos ellos se da:

1) una comunidad de sujetos que cultivan dicho campo (llamémosle C),
2) una sociedad anfitriona de C,
3) un dominio o universo del discurso de C: los objetos de estudio de C,
4) una concepción general o filosofía inherente a C,
5) un fondo formal: conjunto de herramientas lógicas o matemáticas utilizables en C,
6) un fondo específico, o conjunto de supuestos que C toma de otros campos,
7) una problemática, o colección de problemas abordables en C,
8) un fondo específico de conocimiento acumulado por C,
9) unos objetivos o metas de C, y
10) una metódica o conjunto de métodos utilizables en C.

Aquí voy a prescindir de entrar en ningún detalle sobre las respectivas definiciones de ciencia y de tecnología propuestas por Bunge, para limitarme a mostrar qué es lo que, según este análisis, diferencia a ambos campos de conocimiento. Sintéticamente -y no exhaustivamente- tales diferencias podrían cifrarse en lo siguiente:

A) Las comunidades tecnológicas no son tan abiertas como las científicas: «las patentes y los secretos industriales y militares obstaculizan la difusión de los avances tecnológicos. El motivo es que, a diferencia del conocimiento científico, el tecnológico es una mercancía» (Bunge, 1985, p. 38).

B) La filosofía inherente a la tecnología se parece mucho al fondo filosófico de la ciencia básica (tanto la ciencia como la tecnología presuponen una ontología de cosas que cambian conforme a leyes y una gnoseología rea-

lista) pero difiere de ésta en algunos aspectos: «Debido a su actitud práctica, el tecnólogo no se interesa tanto por las cosas en sí como por las cosas para nosotros: las que están o pueden estar bajo control humano (...). Puede darse el lujo de ignorar todo lo que no sea útil o utilizable. Es básicamente un pragmatista, aunque no adopte la filosofía pragmatista. Le interesa la verdad objetiva porque sabe que es útil, pero no le interesa como fin sino como medio para diseñar o planear» (Bunge, 1985, p. 38). Por otro lado, el *ethos* tecnológico difiere del científico en que aquel «no es el de la investigación libre y desinteresada al servicio de la humanidad, sino la de la tarea orientada a una meta práctica» *(Ibíd.).*

C) La problemática de la tecnología es tan rica como la de la ciencia, pero no consiste únicamente en problemas cognoscitivos, sino también en problemas prácticos.

D) Los objetivos de la ciencia incluyen el descubrimiento o uso de leyes, la sistematización en teorías de hipótesis y el refinamiento de métodos. En el caso de la tecnología, entre los objetivos esta «la invención de nuevos artefactos [entendida la expresión «artefacto» en su sentido más amplio de objeto artificial, esto es, «toda cosa, estado o proceso controlado o hecho deliberadamente con ayuda de algún conocimiento aprendido y utilizable por otros» *(Ibid.,* pp. 33-4)], nuevas maneras de usar o adaptar los viejos y planes para realizarlos, mantenerlos y manejarlos, así como evaluarlos» *(Ibid.,* p. 36).

E) La metódica de las tecnologías incluye tanto el método científico (problema cognoscitivo-hipótesis-contrastación-corrección de la hipótesis o reformulación del problema) como el método tecnológico (problema práctico-diseño-prototipo-prueba-corrección del diseño o reformulación del problema).

F) Las tecnologías tienen un componente del que carecen las ciencias, a saber, un conjunto de «juicios de valor acerca de cosas o procesos naturales o artificiales, en particular materias primas y productos manufacturados, procesos de trabajo y organizaciones sociotécnica» *(Ibid.,* pp. 36-7) que se formulan a la luz de las metas u objetivos y de conocimientos científicos o tecnológicos. Bunge pone los siguientes ejemplos: «Esa catarata puede servir para activar un generador eléctrico». «Esta usina hidroeléctrica es buena para esta comunidad».

Además de estos rasgos distintivos con respecto a las ciencias, interesa destacar otras dos características de las tecnologías:

G) «A diferencia de la técnica tradicional, la tecnología moderna posee un voluminoso fondo formal y un voluminoso fondo específico (...) toda tecnología se funda sobre una o más ciencias» *(Ibid.,* p. 39).

H) Los miembros que componen el campo de la tecnología -al igual que en el caso de la ciencia- *«cambian,* aunque sea lentamente, como resultado de investigaciones y desarrollos en T [en la tecnología de que se trate], así como en ciencias y tecnologías relacionadas con ella» *(Ibid.,* p. 37).

4.2. Antes de entrar a considerar hasta qué punto las anteriores características pueden predicarse de la dogmática jurídica, quisiera hacer un par de consideraciones generales. La primera es que, a pesar de que el análisis de Bunge pretende tener un alcance general, me parece que el mismo está efectuado pensando más en las tecnologías basadas en ciencias naturales, que en las tecnologías o en las técnicas sociales. Ello plantea algún que otro

problema en relación con la dogmática jurídica que he resuelto -o he tratado de resolver- interpretando con cierta libertad los planteamientos de Bunge. Pero no cabe duda de que en la dogmática jurídica los aspectos políticos y morales tienen una gran importancia que quizás no quede del todo reflejada en el esquema aquí utilizado. La segunda consideración previa es que, como se sabe, el carácter dogmático de la Jurisprudencia es entendido usualmente en el sentido de que la actividad desarrollada por los dogmáticos no es una investigación libre como la de la ciencia -o como la de *las otras ciencias*- sino que está limitada por las normas vigentes que funcionarían precisamente como dogmas. Esto es, en líneas generales, cierto, pero para mí está claro que la «vinculación a las normas» de la Jurisprudencia no tiene por qué interpretarse negativamente -pues verdaderamente cumple una función de gran trascendencia social-, no debe llevar tampoco a aproximar excesivamente esta actividad a la de la teología dogmática -pues los dogmas, las normas, en la Jurisprudencia, son esencialmente mutables-, ni a pensar que, por contraste con lo que ocurre en este campo, en el de la ciencia el dogma no juega ningún papel (Véase Atienza, 1985, pp. 282-3).

A') Pasando ya a la primera de las notas diferenciales, me parece innegable que las comunidades de cultivadores de dogmática jurídica son menos abiertas que las de los científicos, incluidos los científicos cuyo objeto de reflexión es también -en todo o en parte- el Derecho, como pudiera ser el caso de los sociólogos del Derecho o de los lógicos deónticos. Creo que podría decirse que lo que obstaculiza la difusión de los «avances» dogmáticos es, sobre todo, el carácter fuertemente nacional de la Jurisprudencia -de las distintas dogmáticas- lo cual, obviamente, no significa afirmar que una obra de dogmática carezca absolutamente de valor más allá de las fronteras de un cierto sistema jurídico nacional: piénsese en el caso del Derecho internacional, en el de la dogmática alemana del XIX y del XX, cuya difusión, por otro lado, se restringió a los países dotados de un sistema jurídico perteneciente a la misma «familia» que el Derecho alemán, o incluso en la utilización del Derecho comparado (como se verá más adelante) en el «contexto de descubrimiento» de nuevas soluciones dogmáticas. Pero el conocimiento dogmático es, en razón de su propio objeto, un conocimiento relativamente cerrado, al igual que son cerradas las comunidades de los dogmáticos (difícilmente cabría hablar, por ejemplo, de congresos mundiales de dogmática jurídica) y con una (relativamente) escasa capacidad expansiva. Los avances o las soluciones ofrecidas por la dogmática sólo lo son en relación con un determinado texto, naturalmente susceptible de ser cambiado, que se enmarca dentro de una cierta configuración normativa, un cierto orden de valores, etc.

Por otro lado, el producto de la dogmática puede ser considerado frecuentemente como una mercancía, pero que posee características distintas a las de las «mercancías tecnológicas». En efecto, las soluciones elaboradas por los dogmáticos -si son soluciones adecuadas, es decir, si resuelven en términos satisfactorios para algún operador jurídico (incluidos los particulares) problemas de interpretación, aplicación y mejora de las normas- están en la base de actividades de asesoramiento que tienen un valor en el mercado, es decir, que son traducibles en términos económicos con independencia de que sean o no los propios dogmáticos (en cuanto operan también co-

mo prácticos del Derecho) quienes desarrollen estas actividades; aquí es pertinente la distinción establecida por Vernengo entre técnicas en cuanto «repertorio de actividades orientadas a lograr ciertos fines» y técnicas como «conjunto de enunciados legales cuya aplicación o realización pretenda alcanzarse con esas actividades» (Vernengo, 1986), aunque me parece que esa distinción no es tan clara en el Derecho (en donde el dogmático es también muchas veces un práctico del Derecho) como en otros campos (en los que la «división del trabajo» es más estricta). En todo caso, el conocimiento dogmático es, por su propia naturaleza, un conocimiento público que no puede mantenerse en secreto, pues su objetivo es el de servir de orientación a los órganos encargados de interpretar, aplicar o elaborar el Derecho. La obtención de cierto consenso por parte de la comunidad jurídica es una condición necesaria, e incluso cabría discutir si también suficiente (Véase Aarnio, 1983 y Ruiz Manero, 1985), para la definición de «solución dogmática».

B') En cuanto a la filosofía inherente a la dogmática, lo dicho por Bunge a propósito del tecnólogo puede aplicarse sin más a quien opera en el campo de la Jurisprudencia. Es cierto que a lo largo de su dilatada historia se han sucedido concepciones distintas de la Jurisprudencia conectadas con muy diversas tradiciones filosóficas. Pero no creo que nadie pueda poner en duda que quienes se han dedicado al cultivo de la Jurisprudencia (desde los juristas romanos a los «dogmáticos» del XIX y del XX, incluyendo a quienes -como los juristas marxistas- han propuesto modelos «alternativos» al de la «ciencia» jurídica tradicional) han defendido básicamente una concepción pragmática del saber -de su saber- que les ha llevado a sentir -profesionalmente hablando- respulsión hacia toda aquella especulación que no llevara, en forma más o menos inmediata, a resultados prácticos. Podrían ponerse muchos ejemplos de ello, pero creo que la desenfadada inteligente y a veces acerba crítica de Ihering a los juristas que habitan en «el cielo de los conceptos» sigue teniendo un valor paradigmático para los actuales cultivadores de la dogmática. No resisto la tentación de transcribir uno de los párrafos -entre muchísimos otros de análogo significado- de su famosa obra *Bromas y veras en la Jurisprudencia,* aunque me permito recordar de todas formas que lo que Ihering -que por algo ha sido uno de los mayores genios de la historia de la Jurisprudencia- pretendió combatir no fue «la orientación especulativa en sí, sino sus aberraciones» (Ihering, 1974 p. 52). He aquí el texto en cuestión: «¡Escribir sobre derecho pasando por alto deliberadamente la aplicabilidad práctica de la materia es como construir un reloj poniendo gran empeño en su ornato, pero ningún cuidado en la marcha de su mecanismo! Ahí reside precisamente el mal: en que se convierta a la jurisprudencia en una especie de zoología, cuando es en realidad el arte de arar con los animales de tiro que nos proporciona el derecho» *(Ibid.,* p. 27).

C') Pasando ahora a la cuestión de cuáles sean los problemas que puedan considerarse como característicos de la dogmática jurídica, me parece que la respuesta aquí no es tampoco dudosa. El dogmático del Derecho se plantea y pretende resolver esencialmente problemas de tipo práctico como el siguiente.

La Constitución española atribuye al Tribunal Constitucional la facultad de resolver recursos de amparo que puede interponer cualquier ciudada-

no para recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en los artículos 14 a 30 de dicho texto. Ahora bien, algunos de estos derechos fundamentales son de una enunciación tan general (piénsese, por ejemplo, en el derecho a la tutela efectiva del art. 24 o en el principio de igualdad ante la ley del art. 14) que existe el riego de ampliar en forma desmedida dicha competencia, convirtiendo al recurso de amparo en una especie de supercasación; con ello se desnaturalizaría tal institución y se impediría, de hecho, el buen funcionamiento del Tribunal, ante la práctica imposibilidad de hacer frente a esa enorme competencia. El problema es, pues, éste: ¿cómo «delimitar el ámbito del recurso constitucional de amparo respecto de las vías ordinarias de protección judicial» (García de Enterría, 1984, p. 138), de manera que se eviten las consecuencias negativas que se acaban de señalar y, al mismo tiempo, se respete tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional?

Ciertamente, frente al anterior ejemplo se podría objetar que los dogmáticos del Derecho se ocupan también de problemas de orden más abstracto y de naturaleza más cognoscitiva que práctica: valga como ejemplo la teoría del delito elaborada por la dogmática penal -especialmente por la alemana- desde mediados del XIX. Ahora bien, por un lado, cabe recordar que lo que caracteriza a la tecnología frente a la ciencia no es que la primera no se ocupa de problemas cognoscitivos, sino que no se ocupa *sólo* o *preponderantemente* de tal tipo de problemas. Por otro lado, es indudable que los límites entre la dogmática jurídica y la teoría general del Derecho son menos claros cuando se consideran cuestiones pertenecientes a la parte general, en particular a lo que Scarpelli llama «alta dogmática» (Scarpelli, 1983, p. 331 y ss.), que cuando se abordan problemas de la parte especial. Finalmente, conviene tener en cuenta que en el fondo de las más abstractas de las teorías de la dogmática suelen latir problemas prácticos, cuya solución es precisamente lo que justifica dicha teoretización: la posibilidad de incurrir en un «exceso de abstracción» es un riesgo que casi todos los dogmáticos tratan de conjurar. Pondré un par de ejemplos que considero son ilustrativos de lo que acabo de decir.

El primero de ellos lo proporciona el concepto de «acción» que hasta hace no mucho tiempo se suponía constituía el centro de gravedad de la teoría del delito. En los últimos años se ha producido en la dogmática penal una desvalorización de dicho concepto en favor del de «tipicidad» o «acción típica», y la razón es que se considera que el de «acción» no tiene en realidad una gran relevancia en la práctica: los tribunales y, en general, los prácticos del Derecho penal no tratan con «acciones en sí», sino con «acciones jurídicas», con acciones tipificadas por la ley; su problema no es el de determinar cuando existe una acción en general, sino el de determinar cuando una acción es típica -corresponde al modelo descrito en la norma- y puede, en consecuencia, ser constitutiva de delito (Cfr. Rodríguez Mourullo, 1978 p. 221).

Otro ejemplo interesante lo proporciona la discusión en torno al concepto de delito desarrollada en el marco de la dogmática penal española y que dio lugar a una «notable disputa doctrinal» (Cobo-Vives, 1984, p. 224) que giró en tomo a cómo debía entenderse el término «voluntarias» que aparecía en la definición legal de delito del párrafo primero del artículo 1 del

Código penal: «son delitos o faltas las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley». Hoy, la disputa en cuestión, que ocupaba diversas páginas de los tratados de parte general de Derecho penal, está desapareciendo -al menos en las obras «puestas al día»- como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 8/83, de 25 de junio que ha sustituido el término «voluntarias» por el de «dolosas o culposas». Esto último prueba (además de la capacidad de la dogmática para inducir cambios en el Derecho) que el problema en cuestión no lo era de carácter cognoscitivo (no se trataba de elaborar hipótesis y teorías acerca de qué pudiera ver la voluntad) sino de naturaleza práctica (se trataba de ofrecer una interpretación de «voluntarias» que permitiera una aplicación razonable de dicho artículo; así, por ejemplo, la mayoría de la doctrina rechazaba que «voluntarias» se interpretara en el sentido de «maliciosas» pues, en tal caso, la definición en cuestión sólo lo sería de los delitos dolosos -no de los culposos-, el párrafo segundo de dicho artículo -«las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario»- habría que entender que establecía una presunción de malicia, etc. [Véase Cobo-Vives, 1981, pp. 30 y ss.]).

D') Los objetivos o funciones que desarrolla la dogmática jurídica creo que pueden reducirse, como lo señalaba en mi libro (Atienza, 1985, p. 277), a las de suministrar criterios para la aplicación del Derecho vigente y para el cambio del Derecho en las diversas instancias en que éste tiene lugar, y a la de elaborar un sistema conceptual con vistas a conseguir los dos anteriores objetivos. Dicho de otra manera, la finalidad de la dogmática es la de controlar -o contribuir a controlar- los procesos de interpretación, aplicación, desarrollo y cambio del Derecho, para lo cual, naturalmente, el dogmático construye, adopta o reformula conceptos, métodos y teorías. Provisto de tales instrumentos, el dogmático realiza una labor de sistematización y descripción del Derecho vigente que, sin embargo, no me parece que pueda entenderse como un objetivo último de la dogmática (aunque el hábito de contemplar al dogmático del Derecho en cuanto docente pudiera hacerlo creer); la transmisión de conocimientos y la descripción ordenada de un cierto sector del ordenamiento jurídico son funciones subordinadas o, si se quiere decirlo de otra manera, constituyen el punto de partida o una meta intermedia de la elaboración dogmática, pero no su punto de llegada, su objetivo final. Por otro lado, y aunque no pueda entrar aquí en detalles sobre ello, me parece que entre las «teorías dogmáticas» y las «teorías científicas» (o entre las «descripciones dogmáticas» -del Derecho vigente- y las «explicaciones científicas») hay una indudable analogía, pero no creo que dicha analogía pudiera proseguirse más allá de un cierto punto.

E') Volveré ahora de nuevo al problema relativo a los límites del recurso de amparo en nuestro ordenamiento jurídico para ilustrar cuál es -según creo- el método característico de la dogmática. La forma de proceder de un dogmático solvente y cuyos trabajos gozan de prestigio indiscutido entre los otros cultivadores de la dogmática, cuando aborda el tema en cuestión, nos puede servir para reconstruir dicho método (Cfr. García de Enterría, 1984).

Tal forma de proceder podría esquematizarse a partir de los siguientes pasos. 1) En primer lugar, se plantea el problema en los términos que ya

nos son conocidos. 2) Luego, se reconstruye el modelo de solución que hasta la fecha parece haber guiado al Tribunal Constitucional y que consiste, básicamente, en distinguir entre cuestiones de Derecho constitucional (propias del alto Tribunal) y cuestiones de Derecho ordinario o no constitucional (reservadas a los jueces y tribunales ordinarios). 3) Ahora bien, semejante distinción (y otras análogas utilizadas también por el tribunal o en que pudiera pensarse acudiendo al Derecho comparado o bien a la Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal) resulta insatisfactoria, ya que tiene un alcance puramente formal y lleva, en consecuencia, a soluciones formalistas. 4) Para justificar lo anterior se acude al siguiente ejemplo. Hay cuestiones, como es el caso de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas, que son de pura legalidad ordinaria, pero que obstaculizan el ejercicio de los derechos fundamentales susceptibles de amparo (en particular, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución). Si el Tribunal Constitucional operase -y eso es lo que parece haber hecho hasta la fecha- con el criterio indicado, entonces no se podría alcanzar de hecho una tutela efectiva del derecho fundamental por el que se reconoce el amparo. El Tribunal se limita, en efecto (cuando reconoce el amparo) a requerir a los tribunales contencioso-administrativos para que ejerciten sus facultades en orden a alcanzar la ejecución de sus sentencias, pero no entra en la cuestión (que sería ya de administración ordinaria de la justicia) de cuales sean los obstáculos legales que hacen que las facultades de tales tribunales en esa materia carezcan de eficacia en la práctica (la Administración -y no los jueces- es, según la legislación preconstitucional no derogada expresamente, competente para la ejecución de las sentencias que la afectan). 5) Finalmente, inspirándose en las soluciones dadas, para casos análogos, por el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal Supremo estadounidense, se diseña una posible solución que permitiría resolver el problema y que además estaría en conformidad con la Constitución (con los valores materiales de la Constitución) y con la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Según ella, el Tribunal Constitucional debería «concentrarse en la resolución de las grandes cuestiones, que afectan a las directrices generales del ordenamiento y, en particular, a la efectividad de los valores constitucionales, en nuestro caso de los derechos fundamentales» (García de Enterría, 1984, p. 158). De esta manera se conseguiría, por un lado, que el Tribunal Constitucional interviniera también cuando «esa legalidad y esa actuación judicial ordinaria no reflejasen esos valores y mucho más si los hiciesen obstáculos» *(Ibid.)*, y, por otro lado, puesto que el Tribunal podría imponer criterios efectivos para la actuación posterior judicial (de los jueces ordinarios), aquél «no tendría por qué perder tiempo en insistir de nuevo en casos idénticos» (Ibid., p. 159), de manera que se lograría también evitar que un exceso de competencias paralizase -o al menos hiciera extremadamente lenta- la actividad del Tribunal.

Sin necesidad de entrar en mayores detalles, creo que puede aceptarse que tal modo de proceder está mucho más cerca de lo que Bunge llamaba método tecnológico que del método científico.

F'') Tampoco parece discutible afirmar que, en la actividad del dogmático del Derecho, determinados juicios de valor, de significado análogo a los que Bunge consideraba como característicos de las tecnologías, juegan

un papel esencial, particularmente en el proceso de evaluación de las soluciones dogmáticas. Así, una cierta propuesta de solución se considerará adecuada -y podrá lograr consenso en la comunidad de los dogmáticos y de los juristas en general- si «promueve o al menos no pone en riesgo la seguridad jurídica», «respeta y desarrolla los valores constitucionales», «garantiza una protección real y efectiva de determinado derecho fundamental», etcétera.

Si pasamos ahora -y para terminar ya con este apartado- a considerar las características de las tecnologías anteriormente indicadas con las letras G) y H), la conclusión a que creo hay que llegar es que -por el contrario de lo que ocurría con las otras características precedentes- la dogmática jurídica no parece satisfacer esos dos requisitos. La dogmática jurídica mantiene pocas, y poco profundas, relaciones con la ciencia y, desde luego, no me parece que pueda decirse que se base en alguna(s) ciencia(s) en particular, sino más bien en una combinación de experiencia, sentido común, conocimiento ordinario, etc. Quizás por ello se haya mantenido -y se mantenga- llamativamente al margen de los procesos de cambio que tienen lugar en la ciencia y en la tecnología: «El modelo cognoscitivo del saber que cultivamos- ha escrito un jurista que se ha planteado con frecuencia los problemas epistemológicos de la «ciencia» jurídica- sigue siendo sensiblemente igual al que se constituyó hace cerca de dos siglos. No se han producido transformaciones similares a las alcanzadas en otras áreas del conocimiento dentro de las propias ciencias sociales» (Hernández Gil, 1981, pp. 19-20). En resumen, la situación actual de la Jurisprudencia contrasta fuertemente (para emplear un término de comparación utilizado con cierta frecuencia) con la de la Medicina, en cuanto técnica que, a partir de comienzos del XIX y cada vez de manera más acusada, se basó en los conocimientos procedentes de la química, de la biología, etc. Esa es la razón de que en mi libro de Introducción al Derecho considerase a la dogmática jurídica -en su estadio actual- como un tipo de saber más próximo a las técnicas tradicionales que a las tecnologías (es decir, a las técnicas que se basan en conocimiento científico).

4.3. Y llegamos por fin a la cuestión de si tiene algún sentido seguir discutiendo acerca del «status epistemológico» de la Jurisprudencia. Mi opinión al respecto es que si la pregunta «¿es científica la Jurisprudencia?» se plantea sencillamente como una especie de test para medir el mayor o menor prestigio de que ha de gozar una determinada actividad y la comunidad de quienes profesionalmente la desarrollan, entonces la respuesta -cualquiera que ésta sea- carece de relevancia teórica y quizás no tenga tampoco mucha importancia práctica, pues no es de esperar -como indica Vernengo al comienzo de su comentario- que los dogmáticos vayan a modificar, por el simple hecho de que su actividad se considere o no «científica», la forma de cultivar su disciplina. Semejante debate no parece cumplir más que una función ideológica (que, de todas formas, tampoco conviene olvidar): la de descalificar o justificar, según los casos, el saber jurídico tradicional, pero sin que nuestro conocimiento sobre el mismo se vea aumentado por ello (Cfr. Calsamiglia, 1986).

Creo, sin embargo, que hay otra manera de abordar la cuestión que sí puede resultar fructífera. Consiste en partir de una reconstrucción, en el marco

de la cultura contemporánea, del concepto de ciencia y de tecnología (y, eventualmente, también del de ideología, pseudociencia, etc.) y usarlos como modelos que nos permitan conocer mejor lo que sea el proceder dogmático y, eventualmente, proponer líneas para su modificación o desarrollo. Concretamente, a partir del análisis efectuado en el anterior apartado se podrían extraer, en mi opinión, algunas conclusiones de interés.

La primera es que si la actividad dogmática obedece más al modelo de proceder técnico que al científico, entonces los filósofos y teóricos del Derecho que reflexionan sobre el saber jurídico tradicional deberían trasladar su centro de interés desde el campo de la filosofía de la ciencia (lo que no quiere decir tampoco que debieran abandonar completamente éste) al de la filosofía de la técnica. En particular, creo que debería prestarse mucha mayor atención de lo que suele hacerse al propio concepto de técnica y, sobre todo, al de técnica social que muchas veces pasa casi desapercibido a los teóricos de la técnica (Cfr., por ejemplo, Rapp, 1981).

La segunda conclusión -y con ello insisto en algo que trataba de señalar en mi libro de Introducción al Derecho- es que la vieja disputa sobre el carácter científico o no de la Jurisprudencia es seguramente un problema mal planteado y que debiera ser sustituido por este otro o, si se quiere, que debiera ser replanteado en los siguientes -o parecidos- términos: ¿Debe la dogmática seguir siendo cultivada a la manera tradicional o podría también aquí darse el paso de la técnica a la tecnología como ocurrió con la Medicina? ¿Bajo qué condiciones podría tener lugar dicho cambio y con qué efectos? ¿Qué disciplinas podrían prestarle a la Jurisprudencia una sólida base científica?, etc.

La tercera es que una conciencia más clara por parte de los dogmáticos de cual sea la naturaleza, los objetivos, etc. de su actividad podría tener un efecto beneficioso sobre su propio trabajo. Así, la comprensión de que lo que se cultiva es un tipo de saber técnico podría evitarles abordar investigaciones pseudocientíficas de más que dudoso resultado. Un buen ejemplo de ello es la persecución de *naturalezas jurídicas* que sigue ocupando una porción considerable del tiempo de los juristas teóricos. Está claro que lo que empuja a los juristas a proseguir una búsqueda tan infructuosa es su desconocimiento de la filosofía del lenguaje de este siglo, pero también el plantearse como un problema cognoscitivo lo que es una cuestión de carácter práctico, de carácter técnico. Visto de esta última manera, el problema (ciertamente interesante) consiste en tratar de «procurarse una guía para resolver casos cuya solución no puede extraerse de las normas del sistema», mediante el expediente de «emparentar a instituciones de aparición reciente con otras de ilustre linaje» (Carrió, pp. 8 y 9).

Y la cuarta conclusión es que todo lo anterior no debe entenderse como un llamamiento a los dogmáticos del Derecho para que den la espalda a la ciencia. De lo que se trataría es de que sus relaciones con la ciencia fueran otras -más sanas, creo yo- de lo que suelen ser: la función del cultivador de la dogmática no es hacer ciencia, sino utilizar el conocimiento científico (y tecnológico) disponible para construir soluciones más adecuadas.

5

Termino indicando sintéticamente -y como resumen en cierto modo de todo lo anterior- cuales creo yo que son las discrepancias y las coincidencias que tengo con Vernengo a propósito del tema (o de los temas) aquí debatido(s). Para facilitar su posible discusión los enumeraré en seis puntos.

1. La exposición que Vernengo efectúa de mi concepción sobre la dogmática jurídica -por las razones ya indicadas- no me parece que refleje con exactitud mi punto de vista.

2. No veo por qué ha de ser inadecuado ofrecer a los estudiantes que se inician en el estudio del Derecho una visión de la dogmática jurídica como una técnica socialmente útil -aunque necesitada de transformaciones seguramente profundas-, que se caracteriza ademas por ser un saber normativo y valorativo -o, si se quiere, político- en el sentido débil antes indicado. Lo que consideraría inadecuado, y creo haber aclarado las razones de ello, es presentar a la Jurisprudencia como un saber de carácter semejante o equiparable a aquéllos para los que suele utilizarse la expresión «ciencia»

3. Vernengo opone a mi tesis de que la Jurisprudencia -en su estadio actual- es esencialmente una técnica, el hecho de que los juristas desarrollan actividades de distinto tipo, «algunas de las cuales no hay inconveniente en caracterizar como científicas y en denominar «ciencia» a su formulación» (Vernengo, 1986). Lo que a mí me gustaría saber es cuáles son esas actividades presuntamente científicas y qué peso tienen en el conjunto de la actividad dogmática.

4. Estoy de acuerdo con Vernengo en que la de la dogmática es una actividad heterogénea, pero creo que por encima de su diversidad existe algo en común que une a todas las actuaciones dogmáticas, a saber, el estar encaminadas todas ellas hacia la realización de una finalidad práctica; en definitiva, el integrar una técnica social de carácter complejo. Si no me equivoco, el propio Vernengo apunta a ello al final de su comentario: «¿Se parece más el jurista al político en trance de tomar una decisión a la luz de cierta valoración o de cierta ideología, o semeja más al psicólogo en su práctica clínica? ¿O cabe compararlo con científicos como el sociólogo o el historiador terrenos teóricos indisputados pero donde la actividad experimental o la práctica clínica son inexistentes? La respuesta es obvia: algunas de las cosas que hace el jurista lo asemejan al político; otras lo acercan al ingeniero, al médico, al psicólogo [ejemplos todos ellos de técnicas] ¿Por qué poner todo bajo un único rasero?» (Vernengo, 1986).

5. Vernengo me acusa de haber sostenido que los juristas sólo pueden relacionarse con las ciencias «en la medida en que recurrieran a ese pot-pourri (lógica, sociología, economía, teoría de juegos, etc.)». En su opinión «los juristas del presente y los de ayer, sean técnicos científicos o chamanes iluminados, no trabajan de ese modo ecléctico...» (Vernengo, 1986). En relación con este punto quisiera hacer dos observaciones. La primera es que yo no afirmé que los dogmáticos *de hecho* trabajen así, sino que planteaba la posibilidad de modificar la forma habitual de elaboración dogmática para incorporar y utilizar conocimiento científico y tecnológico proveniente de otras áreas distintas a la de la Jurisprudencia; es decir, mi afirmación no se situaba en el nivel de la metajurisprudencia descriptiva, sino en el de la

metajurisprudencia prescriptiva. La segunda observación es que el propio Vernengo (en el texto transcrito en el punto 4 de este apartado y en otras partes de su comentario) parece incurrir en el mismo pot-pourri o eclecticismo, en relación con el modo de proceder dogmático, que a mí me atribuye. En descargo de Vernengo -y en el mío propio- cabría decir que tal planteamiento es inevitable cuando la cuestión de qué sea o qué deba ser la dogmática se afronta desde una perspectiva general.

6. Reflexionando sobre los anteriores puntos de este apartado, creo que habría base para afirmar que, en gran medida, nuestro desacuerdo es más un desacuerdo en cuanto a nuestras respectivas *actitudes* frente a la dogmática, que un desacuerdo de *creencias* sobre lo que sea la actividad dogmática (a las coincidencias anteriores añado ahora la de que también Vernengo está de acuerdo en que «muchas de las técnicas utilizadas por los juristas no tienen el carácter de una técnica científica, manteniéndose al nivel de prácticas más primitivas»). Me parece que esa diversa actitud podría expresarse así: Vernengo tiene una opinión más positiva que la mía (aunque la suya no implique una aceptación sin reservas ni la mía una crítica radical) acerca del modo de proceder del jurista dogmático. Para él se trata, a la manera weberiana, de un modo de proceder modélicamente racional (Cfr., por ejemplo Vernengo, 1984) que puede ser cambiado, pero siempre y cuando no se altere con ello el modelo en cuanto tal; supongo que esa es la razón de que vea una proclividad al irracionalismo en quienes ponen en cuestión el modelo vigente de dogmática y proponen su sustitución por otro distinto. Yo no considero, desde luego, que el proceder dogmático sea un proceder irracional pero estimo que, frecuentemente, no alcanza los niveles de racionalidad a que cabría aspirar dado el estado de desarrollo actual de las ciencias y de las tecnologías. Precisamente por eso considero interesante y pertinente porponer modelos alternativos al paradigma de la dogmática actualmente vigente.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A., *Philosophical Perspectives in Jurisprudence,* Acta Philosophica Fennica, Helsinki, 1983.

Atienza, M., *Introducción al Derecho,* Barcanova, Barcelona, 1985.

Bunge, M., *Epistemología,* Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1980.

Bunge, M., *Seudociencia e ideología,* Alianza Universidad, Madrid, 1985.

Calsamiglia, A., *Introducción a la ciencia jurídica,* Ariel, Barcelona, 1986.

Carrió, G., *Prólogo* a E. Bulygin, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

Cobo, M. y Vives, T., *Derecho penal. Parte general, II,* Universidad de Valencia, 1981.

Cobo, M. y Vives, T., *Derecho penal. Parte general,* Universidad de Valencia, 1984.

García de Enterría, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho,* Civitas, Madrid, 1984.

Hernández Gil, A., *La ciencia jurídica tradicional y su transformación,* Civitas, Madrid, 1981.

Ihering, R., *Bromas y veras en la Jurisprudencia* (trad. de T. A. Banzhaf), Ejea, Buenos Aires, 1974.

Rapp, F., *Filosofía analítica de la técnica* (trad. E. Garzón Valdés), Alfa, Barcelona, 1981.

Rodríguez Mourullo, G., *Derecho penal. Parte general,* Civitas, Madrid, 1978.

Ruiz Manero, J., *Consenso y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica. (En torno a algunos trabajos de A. Aarnio),* en «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», n.º 2, Universidad de Alicante, 1985, pp. 209-222.

Scarpelli, U., *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato,* en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali (Studi dedicati a Norberto Bobbio),* ed. preparada por U. Scarpelli, Ed. di Comunità, Milán, 1983, pp. 281-340.

Vernengo, R., *Racionalidad y conocimiento científico en la Jurisprudencia,* en R. Vernengo y U. Schmill, *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del Derecho (Tres ensayos sobre Kelsen),* UNAM, México, 1984.

Vernengo, R., *Ciencia Jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del Derecho?,* publicado en este mismo número de Doxa.

RÉPLICA A LA RESPUESTA DE M. ATIENZA

He leído con mucho gusto tu «respuesta» a mi artículo sobre aquel capítulo de tu libro donde condenas a la jurisprudencia a convertirse en técnica. Antes de entrar en tema, quisiera aclararte dos cosas: mi texto no se refiere, por cierto, a tu libro en su totalidad, sino sólo a aquel capítulo casi final, donde invocando los manes de Kirchmann, pones sobre el tapete, una vez más, la cuestión de la cientificidad de la ciencia del derecho. No tengo a mano tu libro, que quedó en Buenos Aires, y aquí, en estas heladas llanuras nórdicas, no consigo dar con él. El punto que me llamo la atención, en esas páginas, era la conclusión, donde con un tono algo profético, dictaminabas que la ciencia del derecho es técnica y, al parecer, no hay modo en que pueda dejar de serlo. Por ahí hablabas también, si mal no recuerdo, de que era «esencialmente» técnica. Lo segundo que quisiera poner en claro, es que mi escrito no es ni una «acusación» que requiera de tu «defensa», ni necesitas formular un «memorial de agravios» ante no sé qué instancia para que yo, a su vez, produzca mis «descargos». ¡Se trata de una discusión y, aún si querés, de una polémica, pero ciertamente no de un pleito suma cero, con ganadores y perdedores, condenados y absueltos! Me parece que, en tu texto, adoptas por momentos los papeles incompatibles de juez y parte; por ejemplo, me parece exagerado que el interesado concluya que yo «no refleje con exactitud (tu) punto de vista». Fuera de que no me corresponde esa tarea, pues para eso está el libro, me parece que es un tanto difícil y acaso imposible, que la interpretación del lector coincida enteramente con las intenciones, expresas o calladas, del autor. Ese sino lo conoce de memoria todo escritor. No veo, sin embargo, cómo llevar adelante una polémica científica si comenzás fallando que quien contigo discute está fuera de tema. De ser tal el caso, pareciera mejor no publicar esta réplica ni tu contestación, pues se trataría de escritos inconexos.

Pero vayamos al grano. Se me ocurre que, con matices diferentes, no pensamos con respecto al tema de mi artículo cosas excesivamente diferentes. Ciertamente pensé, ante lo enfático de tus afirmaciones, que pensabas que el carácter «técnico» (en el sentido pedestre en que poseen técnicas el zapatero de la esquina y el panadero de la otra cuadra) era excluyente del carácter «científico» de la jurisprudencia. Me decís ahora que tal interpretación no corre (sin embargo, en tus conclusiones, persistes en señalar que no sería bueno hacer creer a los estudiantes que eso que estudian sea «un saber... equiparable a aquéllos para los que se suele utilizar la expresión 'ciencia'». Y agregás que yo me opondría a tu tesis de que la «jurisprudencia, en su estadio actual, es esencialmente una técnica». No veo, pues, por qué rechazas tan categóricamente mi interpretación del carácter excluyente entre una jurisprudencia científica y una jurisprudencia mera técnica. El argumento de que mientras no te lo indique, no crees que haya una jurispruden-

cia científica es fácil de contestar, pero habría que ver qué teorías dogmáticascompartimos. Ciertamente el tratado de S. Soler, en mi país, cumple más que satisfactoriamente las condiciones para ser visto como producto de una actividad teórica; o, si querés, el libro de Carrió sobre el recurso por arbitrariedad ciertamente elabora una teoría sobre un material normativo que trata de sistematizar. O, para poner otro ejemplo: el libro de Kelsen sobre las Naciones Unidas ¿te parece más próximo a un libro de recetas de cocina (que suelen tener un buen nivel técnico, aunque son algo deficientes desde el punto de vista teórico) que a una exposición de la teoría mecánica clásica? Mi idea es que, al renegar de toda posibilidad de cientificidad de la jurisprudencia (como lo hacés a el suponer que «esencialmente» es una técnica), se distorsionan los datos. Creo decir en mi trabajo que no dudo que hay cosas producidas por los juristas que ni siquiera alcanzan el nivel de aquellos libros de cocina; pero otras cosas y a diversos niveles de calidad teórica, pueden muy bien ser vistos como resultado de intenciones científicas. Mi pregunta era -y es- ¿qué te lleva a medir todo con un mismo rasero (tesis que ahora confirmas con aquello del carácter «esencialmente» técnico de la jurisprudencia)?

Cierto que, en tu texto, aparece una variante. La ciencia del derecho quizás debiera desarrollarse conforme a las pautas que Bunge define para una «tecnología». Yo no tengo ningún inconveniente en que la malhadada ciencia del derecho sea o llegue a ser una tecnología. Se me hace difícil que algo puede satisfacer plenamente la complicada definición bunguiana (si mal no recuerdo las distinciones entre ciencia, ideología, tecnología y técnicas llevaban a mi compatriota a poner en juego una cantidad impresionante de variables que no sé si, hasta la fecha, haya cosa alguna que puedan satisfacerlas). Ciertamente los presuntos juristas-tecnólogos no cuentan con un «conjunto compartido de herramientas lógicas» (o, mucho menos, con-un «conjunto de herramientas matemáticas»), ni con una problemática corriente; quizás tampoco con un «fondo específico de conocimientos acumulados», etc. Por cierto que -y felizmente- los juristas, desatendiendo la caracterización bunguiana de las ideologías, no cuentan ni por asomos con ninguna «concepción general» del llamado «campo C». Así que no veo muy bien como puedan estos pobres juristas convencerse de que lo que hacen, aunque no sea ciencia, ni tampoco del todo, técnica, sea (según Bunge) «tecnología». Si mal no recuerdo, hace ya varios años, cuando la palabreja estaba mñas de moda, H. Albert propuso pensar la jurisprudencia como una tecnología social, mereciendo el condigno repudio de E. von Savigny. Esa polémica, que quizás sirva para evitar una próxima entre nosotros -ya no sobre si la ciencia del derecho es técnica o ciencia, sino sobre si es tecnología o ciencia-, creo que fue publicada en esos volúmenes colectivos donde se encuentra de todo.

Comparto con vos tu confusión final: ciertamente «el proceder dogmático», como lo designas, no «alcanza los niveles de racionalidad a que cabría aspirar dado el estado de desarrollo actual de las ciencias y de las tecnologías» (?). Bueno, habrá que resignarse. Pero de ahí no surge que sea imposible una ciencia, sí, ciencia del derecho y que no sea necesario, ni aún «esencialmente» que nos limitemos a una pobrecita técnica.

Münster, enero de 1987.

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA CON FELIPE GONZÁLEZ VICÉN

1

Usted estuvo en la década de los 30 en Alemania. Allí tuvo ocasión de vivir tanto la gran Universidad alemana como la ascensión del nazismo. ¿Qué impresiones producía a un joven estudioso español la Alemania de aquellos años? ¿Qué recuerdos conserva usted? ¿Podría hablarnos de sus años de formación en Europa y de su peripecia académica desde la obtención, en 1935, de la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla?

Mi biografía académica no difiere en mucho de la de mis compañeros de generación. Estudié en las Universidades de Valladolid, Salamanca y Madrid. Pensionado por la Junta de Ampliación de Estudios en Italia, Alemania e Inglaterra. En 1932, Profesor Auxiliar -como se decía entonces- en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. En 1935, catedrático por oposición de Filosofía del Derecho de Sevilla. En 1936, destituido de mi cátedra e inhabilitado para todo cargo docente. En 1937, y gracias a amigos fraternales, pude escapar de España. Luego, la vida del emigrado: Francia, Inglaterra, Holanda, la lucha interminable por el permiso de residencia y el de trabajo. Finalmente en Alemania, en casa de la familia de mi mujer donde me sorprendió el estallido de la guerra, y donde pude aguantar con traducciones y dando clases de español hasta el fin de la contienda. En 1946 repuesto en la cátedra y destinado forzosamente a La Laguna. Desde entonces, aquí estoy, aunque he podido prácticamente haber pedido el traslado a todas las Universidades españolas. Medito a veces en las palabras de Nietzsche: «El carácter de una persona se mide por su capacidad para la soledad».

2

Tanto en su tarea de traductor como en la de historiador de la filosofía jurídica usted ha trabajado fundamentalmente sobre el pensamiento alemán. Sin embargo, en las jóvenes generaciones de filósofos del Derecho de nuestro país ya no parece predominar el interés por la filosofía jurídica alemana, sino más bien por la angloamericana. ¿Cree usted que hay razones fundadas para este desplazamiento de interés, o que éste obedece en alguna medida a factores, digamos, imperiales*? ¿Qué opinión le merece a usted la actual filosofía del Derecho alemana?*

Sí, efectivamente, mi atención se ha dirigido casi siempre y de modo preferente al pensamiento alemán. También he traducido obras de otros idiomas e incluso he publicado trabajos sobre Hobbes, Berkeley, J. Austin, Vico y Guicciardini, pero, en lo esencial, es verdad lo que se afirma en la pregunta, y casi toda mi obra escrita está orientada o basada en fuentes alemanas. ¿A qué se debe esto? Para responder a este tipo de interrogantes es pre-

ciso, mal que a uno le pese, bucear en las circunstancias biográficas de la persona. No podía ser de otra manera en mi caso. Yo estudié en Italia antes de ir a Alemania, y después pasé cerca de un año en Cambridge. Yo no sé si fue mi propio estado de ánimo -entonces tenía veinticuatro años de edad- pero lo cierto es que sólo en Alemania encontré respuesta a las inquietudes y problemas que me aquejaban. Tan es así, que -esta vez sin pensión y a mi propia costa- tres o cuatro meses antes de la oposición volví a Berlín para encerrarme en la Staatsbibliothek y terminar allí mi «memoria» y mi trabajo de investigación. Yo no sé si mi preferencia por el pensamiento alemán no proviene también, en parte, de los consejos de mis colegas italianos, todos los cuales habían estado en Alemania, y me animaban incansablemente a ir allí, como si allí se encontrara la cúspide del saber. Aún cuando luego tuve ocasión de ver con mis propios ojos que esto naturalmente no era ni mucho menos verdad, sí me impresionó la seriedad en el trabajo que hallé entre los universitarios alemanes, el sincero e inquebrantable afán con que se esforzaban en llegar al último resquicio de los problemas, por ásperos y hoscos que éstos fueran. Pero lo que más me sorprendió y quedó grabado en la mente, fue el ver cómo profesores renombrados, juristas y filósofos, se dedicaban de modo pleno y exclusivo a la filosofía del Derecho. Ver, en suma, que ésta última no era, como yo tantas veces había visto, y habría de ver con harta frecuencia más adelante, algo así como un solaz o un divertimiento erudito escrito al margen de la labor seria de penalista, civilista o procesalista, sino un campo del saber por sí, de estructura y límites determinados, que había que indagar con un método propio. Los «filósofos del Derecho» trabajaban su disciplina con la vista fija en los que les habían precedido y siempre orientados hacia el horizonte filosófico del tiempo en que laboraban. Esta orientación que es, más bien, un entrelazamiento con las ideas por las que una época se entiende a sí misma, va a insertar también la filosofía del Derecho en la dialéctica de los sistemas filosóficos que se suceden a lo largo de la historia y es por eso, que, si seguimos el desarrollo de la filosofía del Derecho desde comienzos del idealismo alemán, que es cuando su denominación cobra carta de naturaleza, hasta los últimos sistemas neokantianos o fenomenológicos, veremos que tenemos ante nosotros un verdadero período filosófico en el más estricto sentido de la palabra. Un período en el que abundan las desviaciones y los cambios de perspectiva, pero todo penetrado por la voluntad unitaria de hallar respuesta a un número muy reducido de problemas.

Ésta es, aunque muy resumida y salpicada de alusiones biográficas, la respuesta que puedo dar a mi preferencia por el pensamiento alemán. Desde mis primeros años de formación postuniversitaria he creído, como hoy sigo creyendo, que la filosofía del Derecho como tal es, ante todo y sobre todo, una disciplina filosófica. No se trata de una opinión personal mía, sino de la de toda una época, y a ella se debe, sin duda, el incomparable florecimiento de la filosofía del Derecho española en aquellos lejanos años de 1931-1935. Una prueba de esta convicción general puede verse, si se me permite un recuerdo personal, en la composición del tribunal que juzgó mis oposiciones a cátedra, en el que figuraban dos de los más notables filósofos de entonces: M. García Morente y J. Caos. Se comprende que con esta idea de nuestra disciplina y esta formación, mi atención se dirigiera preferente-

mente a una filosofía que, como la alemana, parecía hacer realidad aquella idea, y cuya filosofía del Derecho se insertaba por principio en el movimiento general de la reflexión filosófica.

Sobre el cambio de la influencia alemana por la anglosajona en nuestros jóvenes filósofos del Derecho, apenas si puedo decir algo. ¿Por qué fue decisiva la influencia francesa en España durante siglos, y no sólo en la literatura, sino en los mismos modos de vida? ¿Por qué, desde mediados del último siglo, esta influencia es sustituida lentamente por la influencia inglesa o alemana? Se trata de procesos muy complejos en los que juegan papel tanto sucesos nimios como importantes, la publicación de obras famosas, la labor de un maestro inolvidable. Quizás el desplazamiento de la filosofía alemana por la anglosajona se deba a la estructura consustancial a ambas. Un libro de filosofía inglesa, como, por ejemplo, un ensayo de Hume, puede leerse sin dificultad; podremos estar conformes o no con el autor, pero siempre pisamos terreno firme y podemos seguir sin dificultades el hilo del pensamiento. Una obra de filosofía alemana, por estar inscrita casi siempre en un círculo especulativo superior, se halla cargada de supuestos y razonamientos preliminares, deja entrever y da por sabidas muchas cosas que no explica y sólo puede leerse con fruto comprendiéndola desde un contexto general en que se haya inserta. ¿Es esto una explicación? ¿Es cierto aquello de que la filosofía inglesa se lee y la alemana se deletrea? No lo sé. Como ya digo, me siento incapaz de hacer un diagnóstico seguro en la materia.

Y de la filosofía del Derecho alemana actual ¿qué decir? De la que podríamos llamar filosofía del Derecho clásica no queda nada, como nada o casi nada queda de la vigorosa vida filosófica alemana tal como se desarrollaba tradicionalmente en los seminarios universitarios o en círculos privados. De ello se encargaron Hitler y sus acólitos: descabezando las Universidades y privándolas de sus mejores maestros, insuflando en las juventudes el desprecio por toda labor abstracta o intelectual, y finalmente, suprimiendo la filosofía del Derecho como materia de examen, lo que equivalía a eliminarla también de los planes de estudio de la facultad de Derecho. A lo que hoy asistimos en Alemania es a algunos esfuerzos denodados por recobrar la tradición perdida. Son esfuerzos loables, muy meritorios y en alguna ocasión incluso excelentes. Pero lo que hoy caracteriza a la filosofía alemana es, sin duda, la influencia del pensamiento norteamericano. A esta influencia se debe el auge insospechado de la historiografía pragmática, y sobre todo, de la sociología más empírica, que es la faz que hoy muestra hacia el exterior la ciencia alemana.

3

Usted ha sido siempre partidario de una teoría del Derecho que acentúe fuertemente su dimensión histórica y social. Sin embargo, parece que, tras Kelsen, las teorías del Derecho de más impacto en nuestro siglo no se han desarrollado en esa dirección, sino más bien en la de un análisis cada vez más refinado de la estructura interna del ordenamiento jurídico. ¿A qué teorías del Derecho del siglo XX se encuentra usted más próximo? ¿Cree previsible un auge de las teorías sociales del Derecho en el próximo futuro? ¿Sobre qué parámetros, en su opinión, habrían de construirse?

Es verdad que, en los últimos tiempos, se entiende como objetivo principal de la reflexión jurídica el análisis de la estructura del Derecho en tanto que ordenamiento de la vida en común, y de las normas en sí como parte integrante de dicho ordenamiento. Lo que yo niego es que este análisis sea filosofía del Derecho. Ya a finales del siglo pasado tuvimos algo semejante en la «Allgemeine Rechtslehre» de A. Merkel, y lo que entonces se argumentaba en su contra tiene todavía hoy validez: para proceder al examen de un objeto, hace falta saber, ante todo, qué es ese objeto, siquiera para delimitarlo de otras zonas del ser. Este examen formal del ordenamiento jurídico y de sus normas podrá ser analítica jurídica, teoría pura del Derecho o como quiera donominárselo, lo que no es es filosofía del Derecho. La filosofía del Derecho tiene problemas específicos: qué es el Derecho y qué es Derecho, qué es validez, qué es y cómo se fundamenta la obligatoriedad jurídica, y muchos más. Son problemas comunes, en parte, a otros ordenamientos de la vida humana en común, pero que revisten un carácter propio por la razón de que el Derecho es producto de un grupo humano concreto en un momento histórico concreto también, y sólo teniendo en cuenta este hecho y desde su perspectiva pueden plantearse y contestarse adecuadamente estos problemas.

4

En 1979 escribió usted un trabajo, La obediencia al Derecho, *en el que mantenía al respecto una tesis que bien puede calificarse de radical: «mientras que no hay un fundamento ético absoluto para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia»; dicho fundamento está constituido por «la conciencia ética individual» que es «un fenómeno esencialmente personal». Tras la polémica originada por dicho trabajo ¿considera que su tesis debiera ser modificada en algún sentido? ¿Estima que la polémica en cuestión ha permitido poner de manifiesto algún elemento importante de dicha problemática que usted no hubiera considerado?*

Sigo fiel a mi tesis de que no hay fundamento ético absoluto para la obediencia al Derecho, y sí, en cambio, para su desobediencia.

Hay que tener bien presente que no hablo de un fundamento ético cualquiera, sino de un fundamento ético «absoluto» para la obediencia al Derecho, es decir, no de un fundamento que basta a una o más personas, incluso a una mayoría, sino de un fundamento ético que de por sí sea vinculante para toda persona con un uso normal de razón. El argumento tan socorrido, por ejemplo, de que hay que obedecer al Derecho por ser esta obediencia la garantía de la estabilidad y permanencia del orden establecido, ¿dice algo a grandes masas de población que padecen institucionalmente bajo la estabilidad y permanencia de este orden social? ¿Es que ésta como todas las fundamentaciones del Derecho por su función, con independiencia de su contenido, no son, más bien, como dice Alf Ross, «formas degeneradas del iusnaturalismo)»?

Sí creo, en cambio, que hay un fundamento ético absoluto para desobedecer en algunos casos al Derecho, a saber, siempre que el cumplimiento de una norma jurídica contradiga los imperativos de la conciencia ética in-

dividual. Esta conciencia ética es lo que hace al hombre hombre, lo que presta valor a su personalidad individual, y frente a ella no prevalece ninguna realidad normativa. Aun a riesgo de repetirme, diré, una vez más, que el desobediente ético no es un predicador político, no trata de ganar a nadie para sus ideas; no persigue tampoco la derogación o reformas de normas o instituciones, como es el caso en la llamada desobediencia civil. Lo único que. el desobediente ético pretende es la paz consigo mismo, y por eso, está dispuesto a sufrir la pena que lleva aparejada la infracción jurídica. Es lo que se ha llamado por boca autorizada «el derecho a padecer». En la desobediencia ética al Derecho alienta, es verdad, un momento de auténtico dramatismo, que no debe pasarse por alto. El que por imperativo ético sufre la pena consiguiente a la desobediencia a la ley jurídica, puede dudar un momento de si lo que él tiene por imperativo moral lo es efectivamente, y si no llegará un instante en el futuro en el que piense de modo distinto, de tal manera que la pena que ahora sufre carezca en realidad de sentido. A ello habría que responder, lo que, un día antes de su ejecución por los nazis, se decía a sí mismo John Rittmeister, un resistente alemán: «No pienses en el futuro; ahora, y es lo que importa, estás cumpliendo con tu deber».

Como se ve, no ha variado en nada mi posición inicial, que es la de una fe inquebrantable en la personalidad y autonomía ética del individuo. Entre todos los argumentos acumulados contra mi tesis no he encontrado, hasta ahora, ninguno que me haya hecho vacilar en mi posición.

5

En los últimos años ha escrito usted diversos trabajos sobre Marx coincidiendo precisamente con un momento de «baja» *del marxismo en los medios académicos. Por otro lado, su último libro -que recoge sus más recientes artículos y un trabajo sobre Kant de fecha muy anterior- tiene un título cuyo alcance pudiera pensarse que no es meramente descriptivo:* «De Kant a Marx. Estudios de Historia de las ideas». *Finalmente, en alguna obra suya de la década de los sesenta pueden leerse frases de* «sabor» *marxista. Por ejemplo, en* Sobre el positivismo jurídico *(1967), analizando el iusnaturalismo de la postguerra, ponía de manifiesto cómo sus raíces se hallan en un fenómeno sociológico:* «el derrumbamiento del mundo ético y político de la burguesía industrial del siglo XX. El clamor por un Derecho natural o por una ética jurídica material absoluta es solo un síntoma más de la inseguridad y de la desorientación de una clase social agnóstica, carente de fe en sus destinos históricos». *¿Hay alguna razón de fondo que permita unir estos tres aspectos de su obra que acabamos de señalarle? ¿Ha sido o es realmente importante en su obra la influencia de Marx? ¿Cómo juzga el marxismo contemporáneo?*

Para comenzar, quisiera dejar sentado, que el título «De Kant a Marx» para la última colección publicada de artículos y ensayos míos no es original mío, sino que se debe a una inteligente sugerencia del director de la serie en que apareció el volumen. Sí puedo asegurar, sin embargo, que con dicho título no se quiere aludir naturalmente, ni a una interdependencia de ideas entre Kant y Marx, ni mucho menos a un condicionamiento filosófico entre

ambos. Lo único que se ha querido indicar con el título han sido los límites cronológicos y temáticos en que se movían los trabajos incluidos en el libro.

Respecto a mi insistencia en tomar a Marx como objeto de estudio, sólo puedo decir lo que sigue. El lector atento habrá podido observar que todos mis trabajos sobre el marxismo -en breve aparecerá otro- tienen como objeto tan sólo al «Marx joven», anterior a 1848, y únicamente en relación con las corrientes filosóficas de su tiempo. Y es que el Marx que a mí me interesa es el «joven hegeliano de izquierda» que con D. F. Strauss, L. Feuerbach, Br. Bauer, H. Hess, M. Stirner, van a imponer un sello a una época, la posthegeliana, que a mí siempre me ha fascinado. Casi todos discípulos directos de Hegel, intentan desde dentro hacer saltar en pedazos la construcción secular del maestro. Son los «últimos filósofos», como los denominaría M. Hess, existencias desgarradas, a los que se les veda la docencia universitaria y se les confiscan sus libros, que viven en una miseria material que aún hoy nos estremece, pero incapaces de compromiso y guiados tan sólo por las exigencias de su verdad. Entre ellos y en primera fila se encuentra Marx, el gran debelador de Hegel, el seguidor y contradictor de Feuerbach, el crítico despiadado de Br. Bauer «y consortes». En una época de iracundia y disputas interminables, Marx es el único que ve con claridad la línea que lleva al futuro y que presiente ya las conmociones que aguardan a la sociedad europea.

En la encuesta se reproduce también un párrafo de un lejano trabajo mío, en el que trataba de explicar el pseudorenacimiento del Derecho natural en la última postguerra, buscando una relación con la sociedad de la época. En esta explicación que sólo era y quería ser sociológica, se ha encontrado un cierto «sabor» marxista. Por mi parte, yo no creo que para echar de ver la naturaleza de la sociedad de la última postguerra haya que situarse uno en un determinado punto de vista político, sino sólo abrir bien los ojos y ver lo que realmente ha acontecido ante nosotros. Una sociedad que había sido herida hasta los últimos estratos de su dignidad por una dictadura inclemente, que había sufrido en su propia carne los horrores y los crímenes de una guerra sin sentido, carente de los medios materiales más indispensables, destruídos todos los lazos y relaciones humanas, sin fe en su destino histórico, una sociedad así ¿no es natural que ansíe y salude con júbilo la existencia de un pretendido catálogo de verdades intemporales tal como lo ofrecía el iusnaturalismo renovado? Estas supuestas verdades no sirven y no han servido de hecho para fundamentar la cohesión social ni para dar pautas al obrar colectivo; pero sí han constituído una aparente justificación a toda una serie de existencias deleznables.

6

En la teoría del Derecho actual parece existir una cierta tendencia (pensamos al decir esto en autores como Dworkin, convertido en auténtica «estrella» de la Filosofía del Derecho de los últimos años) a abandonar, o superar, el positivismo jurídico y a volver a poner en circulación tesis seguramente iusnaturalistas. ¿Cómo valora usted dicha tendencia? ¿Cree que la misma guarda algún tipo de semejanza con el iusnaturalismo de la inmediata postguerra? ¿Plantean autores como Dworkin argumentos que hagan tam-

balearse a concepciones netamente iuspositivistas como la suya? ¿Qué hay en su opinión de verdaderamente novedoso en esta nueva teoría del Derecho?

La pregunta contiene dos temas bien deslindados, y en consecuencia, voy a responder también a ambos separadamente.

La primera parte de la pregunta se refiere a un supuesto renacimiento del Derecho natural en nuestros días, y si, dado el caso, este renacimiento guardaría relación con el auge temporal del iusnaturalismo como consecuencia de la última guerra. Ya es sabida la frase de Jean Paul: «toda feria del libro y toda guerra traen consigo nuevos tratados de Derecho natural». Claro está, que Jean Paul no quería decir con ello que la guerra en sí fuera causa de nuevos tratados de Derecho natural, sino que quería aludir a la conciencia que genera en la sociedad las matanzas y los desafueros que acarrean siempre las guerras. Esta conciencia es también la que hizo renacer tras la última guerra toda suerte de teorías iusnaturalistas. La situación pasiva e inerme de toda una sociedad ante los horrores de una guerra encarnizada hizo clamar por un sistema de verdades absolutas, como las que aparentemente ofrecía el Derecho natural, que sirvieran para dar sentido a la existencia individual y colectiva. Hoy nos encontramos en una situación muy diferente y es, por eso, que no asistimos a un nuevo renacer iusnaturalista, y que las raras construcciones de Derecho natural sean, más bien, algo así como plantas exóticas en nuestro panorama jurídico actual. Y es que, mientras la conciencia social de la última postguerra era, como hemos visto, una conciencia social pasiva, hoy vivimos, en cambio, una conciencia social que pudiéramos llamar activa. Estamos insertos en una sociedad sacudida por una profunda crisis: una sociedad competitiva, en la que la distribución y goce de los bienes materiales están determinados anónimamente por los poderes económicos, una sociedad de la que están desapareciendo paulatinamente las relaciones humanas y las formas en que se habían institucionalizado tradicionalmente. Pero una sociedad, y esto es lo decisivo, con una voluntad de pervivencia única en la historia, y que pone al servicio de este fin todos los medios de que dispone. Entre estos medios cuenta, sobre todo, la legislación, adaptada a cada caso concreto y panacea, por eso, de todas las crisis y dificultades. Es lo que yo antes llamaba conciencia activa. Es una conciencia pragmática que no busca verdades absolutas que presten sentido a la vida en común, sino fórmulas concretas que, de momento, aseguren la pervivencia y la continuidad de las relaciones de poder. Y así hay leyes de mayoría de edad, de divorcio, de promoción o restricción de las importaciones y exportaciones, de educación... Leyes todas pensadas para una necesidad determinada o para hacer frente a una situación concreta. Nunca se ha visto una proliferación semejante de la actividad legislativa, porque nunca tampoco se ha conocido una sociedad como la actual, falta de todo proyecto histórico y preocupada tan sólo por mantenerse en pie, aunque sea en equilibrio inestable. No; estamos lejos de las veleidades iusnaturalistas, de la apetencia de verdades intemporales, y hemos entrado ya de lleno en la época del positivismo jurídico. En una época en la que el Derecho positivo, pensado como un instrumento dúctil y fugaz, sirve para mantener sin más problemas ni más justificación una situación concreta.

La segunda cuestión es harto más espinosa, ya que se trata de considerar la obra de un profesor norteamericano, Ronald Dworkin, enraizada por tanto en un ámbito jurídico concreto -judge-made-law-, common law, desde la perspectiva de un concepto, como el de Derecho natural, nacido en un mundo jurídico también concreto y muy diferente, como es el del Derecho codificado.

Lo equívoco del problema mismo se echa de ver enseguida en la circunstancia de que, siendo todos los juristas anglosajones positivistas en el estricto sentido de la palabra, es decir, creyendo que el Derecho es obra humana, y por tanto, contingente y perfectible, la obra de Dworkin se centra, según propia confesión del autor, en un ataque frontal contra el positivismo jurídico. ¿Cómo es esto posible? La respuesta hay que buscarla en un malentendido teminológico, en que lo que Dworkin denomina «positivismo jurídico» no es exactamente lo mismo que lo que nosotros entendemos con esta expresión. Lo que Dworkin entiende por positivismo jurídico nos lo dice él mismo con las siguientes palabras: «Legal positivism rejects the idea that legal rights can pre-exist any form of legislation; it rejects the idea, that individuals or groups can have rights in adjudication other than the rights explicitly provided in the collection of explicit rules that compose the whole of a community's law». Es decir, que «positivismo jurídico» no significa simplemente que el Derecho es obra humana, sino algo más, lo que entre nosotros se ha llamado y se sigue llamando «positivismo de la ley»: toda norma producida de acuerdo con el sistema formal de producción establecido es norma jurídica y fuente única de derechos y obligaciones. Es un «positivismo» radical que puede llevar a consecuencias insospechadas. «La ley más infame ha de ser tenida por obligatoria, siempre que haya sido producida de modo formalmente correcto», diría ya Bergbohm con palabras bien conocidas. Consciente quizás de estas posibles consecuencias, y escribiendo en un mundo jurídico que reconoce la discrecionalidad judicial, Dworkin añade al texto legal que el juez aplica un «standard», un «principio» que si se tiene en cuenta o es observado es sólo por ser «a requiriment of justice or fairness or some other dimension of morality». Este «principio» -Dworkin no se cansa de repetirlo- no es obligatorio ni vinculante como lo son las normas jurídicas; el juez escoge y presta validez al que estima más adecuado entre los que él conoce, o bien al que estima también más adecuado si concurren varios, análogos o contradictorios. Para poner esto más claro, Dworkin aduce repetidas veces un famoso caso judicial. Una persona reclama judicialmente una herencia, acompañando un testamento perfectamente legal en el que se le instituye como heredero universal; el testador, sin embargo, había muerto a manos del heredero, y basándose en ello el juez rechaza la demanda de éste. No por razón de la ley, ya que el testamento poseía todos los requisitos exigidos por ésta, sino apelando al «principio», no contenido en ningún texto legal, pero que el juez estima válido, de que «nadie puede extraer provecho de su propia acción delictiva». Este «principio», como el de que toda persona es responsable de los daños causados por ella misma u obedeciendo órdenes suyas» y muchos más, figuran, por así decirlo, al lado de las normas jurídicas en sentido estricto, no poseen la obligatoriedad de éstas, pero se hallan siempre a disposición del juez que entiende del caso.

Ahora bien, ¿es esto Derecho natural? Difícilmente podrá darse a la pregunta una respuesta afirmativa. Los «principios» de Dworkin no son reglas de validez absoluta extraídas por el raciocinio de un orden universal de las cosas, sino sólo «standards», motivaciones últimas de muy diversa índole, que el juez puede o no tomar en consideración. Y no es, por eso, extraño, ni mucho menos, que el mismo Dworkin se haya declarado recientemente ajeno a toda especulación iusnaturalista.

7

En los últimos años -pongamos, en la última década- ha incrementado usted considerablemente su ritmo de producción. ¿Cuáles son las razones de ello? ¿Cuáles van a ser sus próximos trabajos? Finalmente, ¿cuál considera usted que es su principal contribución en el campo de la filosofía del Derecho?

El hecho de que mi producción científica haya sido menor anteriormente de lo que lo es en la actualidad puede explicarse sencillamente: falta de tiempo y autocensura. Cuando yo estaba en activo tomé muy a pecho las clases y los demás deberes de la docencia universitaria, lo que me restó mucho tiempo para otros menesteres; si a ello se añade que durante siete años he sido profesor visitante de la Universidad de Heidelberg, con lo que ello implica de viajes y desplazamientos, se comprenderá que no he tenido demasiada ocasión para dedicarme a publicaciones. Y sin embargo, no puede decirse que hayan sido años perdidos. Durante ellos, y aprovechando, sobre todo, los grandes fondos de las bibliotecas alemanas, tomé notas y apuntes, extractos, consulté obras poco conocidas e incluso fui trazando mentalmente los grandes esquemas de futuros trabajos. Otra cosa es la autocensura. Yo no publico un trabajo sin estar satisfecho de él -lo que no quiere decir, desde luego, que mi satisfacción sea, ni mucho menos, garantía de la bondad de lo publicado-, sin haber comprobado, y más de una vez, las citas y opiniones contenidas en el trabajo. Esto explica que trabaje lentamente y con muchas pausas; y no es de extrañar, por ello, que tenga arrinconados trabajos prácticamente terminados, pero en los que no he podido comprobar algún extremo que tengo por decisivo.

Respecto a mis futuros trabajos, tengo terminado y aparecerá en breve «Ludwig Feuerbach y los orígenes filosóficos del marxismo» y actualmente trabajo en «La jurisprudencia de los intereses», que viene a ser un paralelo del trabajo sobre la jurisprudencia conceptual que di a luz hace años. Además está «El neokantismo jurídico axiológico» que saldrá en al «Anuario» próximo, «Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico» y «Der Entfremdungsbegriff bei Hegel» que va a salir en una Festschrift alemana. Creo que es imposible, sobre todo en España, dar un paso fructífero en la filosofía del Derecho sin un sólido conocimiento anterior de sus supuestos metódicos y de las polémicas que, en su día, se desataron en torno a alguno de ellos.

B I B L I O G R A F I A

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA (1985)

Esta sección ha sido coordinada por Josep Aguiló Regla y Francisco López Ruiz. Las iniciales que aparecen al final de cada ficha (cuando el resumen no ha sido confeccionado por el propio autor) corresponden a los siguientes nombres: Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza, Adela Aura Larios, Manuel Avilés Gómez, Emilio Cencerrado Millán, Antonio Doval Pais, Rafael Durán Ferrández, Carmelo Gómez Torres, Daniel González Lagier, Luis Aurelio González Prieto, Rafael González-Tablas, Francisco López Ruiz. Santiago Martínez Atienza, María José Masiá Canuto, Antonio José Muñoz Victoria y Antonio Ruiz de la Cuesta.

AGRA ROMERO, M.ª José.

J. Rawls: el sentido de la justicia en una sociedad democrática.

Ed. Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1985, 175 págs.

Este libro, como expresa su subtítulo *«El sentido de la justicia en una sociedad democrática»*, trata no sólo de describir la teoría de la justicia de Rawls, sino también de desvelar una serie de claves que subyacen en su obra: antropológicas, psicológicas, sociológicas y, fundamentalmente, políticas (cómo compaginar la libertad individual con una distribución equitativa de la riqueza; binomio libertad/igualdad) en las que se sustenta su teoría de la justicia.
El primer capítulo *«Naturaleza y función del sentido de la justicia»* comienza por delimitar la idea de personalidad moral («se trata de apuntalar la idea de que la humanidad tiene una naturaleza moral»). Aquí se manifiesta la deuda de Rawls con Piaget y Kohlberg en relación con las fases del desarrollo moral del individuo. La personalidad moral se funda en la posesión de una doble capacidad: 1) capacidad del sentido de la justicia basado en el principio de la inviolabilidad individual; 2) capacidad de una concepción del bien que se concreta en una formulación reflexiva de un proyecto racional de vida. Un papel destacado dentro de este capítulo lo ocupa la tarea de distinguir el significado de la justicia «en sentido cognoscitivo» (p. 35 y ss.) del sentido de la justicia ideal; este último tiene un carácter regulativo.
El capítulo segundo *«Justicia y reciprocidad»* trata de extraer las consecuencias de una tesis básica de Rawls: la justicia como reciprocidad, que él opone al militarismo. A tal efecto, se analizan una serie de presupuestos psicológicos (tributarios de Piaget) y su conexión con la concepción de la justicia como equidad. Las ideas de equilibrio y estabilidad presiden toda esta reflexión («La justicia como equidad es un hecho psicológico consti-

AGUILÓ REGLA, J.; ATIENZA, M.; LÓPEZ RUIZ, F. y RUIZ MANERO, J.

173 preguntas de introducción al Derecho.

Ed. Universidad de Alicante, 1985, 93 págs.

Estas 173 preguntas (y respuestas) pretenden ofrecer a los estudiantes de primer curso un material didáctico que les resulte útil de cara a la preparación del programa de la asignatura «Introducción al Derecho». Así, mediante el sistema de pregunta-respuesta -que evidentemente necesita ser complementado, dado que por si sólo no puede garantizar una adecuada formación del estudiante- van apareciendo en el libro los diferentes temas de la asignatura: el concepto de Derecho (problemas de definición, cuestiones de ambigüedad y vaguedad, Derecho y normas, Derecho y Estado, Derecho y poder, Derecho e ideología); las funciones del Derecho (análisis funcional del Derecho, funcionalismo y conflictualismo, el Derecho como sistema de control social y el Derecho como factor de cambio social); los valores jurídicos (igualdad, libertad y seguridad, concepciones acerca de la justicia y concepto y fundamentación de los derechos humanos); la ciencia del Derecho (orígenes y desarrollos, ciencia y teoría de la ciencia, la cientificidad de la jurisprudencia); la situación actual de los saberes jurídicos (sociología del Derecho, lógica jurídica, informática jurídica, filosofía del Derecho); la teoría general del Derecho (el Derecho como sistema normativo, los conceptos básicos del Derecho, teoría de la fuentes, la interpretación del Derecho); la historia de las ideas iusnaturalistas.

tutivo de la naturaleza humana y condición necesaria de la sociabilidad», p. 65). La idea implícita en la concepción de la justicia como equidad es, a juicio de la autora, que esta idea sea capaz de generar en los ciudadanos la convicción de que la dignidad e igualdad no están reñidas con sus capacidades naturales y status social.
El capítulo tercero esta dedicado a indagar las raíces sociológicas de la construcción de Rawls. Bajo el epígrafe *«El problema del orden social y la crítica al utilitarismo»*, tras una crítica al militarismo, pasa revista a las concepciones emparentadas con la teoría de la justicia de Rawls, el estructural funcionalismo de Parsons (como teoría legitimadora de las instituciones sociales en los países desarrollados), y el interaccionismo simbólico de Mead.
El capítulo cuarto *«Individualismo y contractualismo»* comienza con una breve reexposición de Parsons, para, a continuación, examinar ideas claves de la teoría de Rawls: «igualdad y reciprocidad en la justicia como equidad», «los bienes primarios», «prácticas sociales y estructura básica de la sociedad», para terminar este capítulo refiriéndose a la desobediencia civil, no sin antes hacer mención, desde el punto de vista político, a la teoría de la justicia de Rawls calificandola de «socialdemócrata», en tanto que es un intento de corregir las graves deficiencias del liberalismo practicado a ultranza.
Cierran este libro unas *«Consideraciones finales»*, en las que la autora resume las conclusiones del propio trabajo y ofrece la siguiente valoración de conjunto de la obra de Rawls: «la justicia como equidad es una justificación moral del individualismo institucionalizado y una defensa de la sociedad pluralista moderna» (p. 162 in fine).

(F. L. R.)

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A.

Lutero y el Derecho.

Persona y Derecho, Pamplona, n.º 13, 1985, págs. 18-59.

En este artículo se trata de defender la tesis siguiente: «en Lutero se encuentra el fundamento del Derecho y de la historia moderna». El autor enumera con brevedad los principios teológicos luteranos, poniendo de relieve cómo éstos han influido de manera decisiva en el Derecho, la Filosofía y la Política modernas. A su juicio, una de las tesis básicas de la doctrina de Lutero es el fideismo: la fe, por sí misma, trae consigo la salvación; a Dios se llega sólo a través de la fe. Obviamente, este planteamiento trae consigo el incremento de la separación existente entre razón y fe, que se había comenzado a gestar en el siglo XIV. Otra implicación igualmente importante de esta doctrina de la separación de razón y fe, es que se generan dos tipos distintos de relación: las relaciones con la naturaleza y las relaciones intersubjetivas que están fundadas en la razón, y las relaciones con Dios, que se basan en la fe.
Por lo que se refiere a las consecuencias de la obra de Lutero en el ámbito jurídico-político, habría que destacar las siguientes: a) mientras que la fundamentación escolástica de la Moral y del Derecho descansaba en la ley como adecuación aun orden preestablecido por el Creador, Lutero sostenía la doctrina de la incognoscibilidad de Dios, lo cual suponía un giro radical en este tema: la ley tendrá su fundamento en el poder del soberano; b) aparece la idea de «libertad legal» como «el resultado de una imposición normativa del poder político. El hombre se encuentra ante el Derecho como ante la naturaleza; la ley jurídica no es esencialmente distinta de la ley física»; c) el Estado se convierte en fuente de toda legalidad asumiendo el monopolio de la producción normativa; d) la ley establece el criterio de distinción entre el bien y el mal.

ARA PINILLA, Ignacio.

Sobre los temas de la Filosofía del Derecho.

Cuadernos de la Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, n.º 11, 1985, págs. 9-25.

Este artículo constituye un extenso comentario al libro de Gregorio Peces Barba *Introducción a la Filosofía del Derecho.* Para ello, Ignacio Ara sigue la sistemática del libro, que está dividido en dos partes: *Sobre el Derecho* (Derecho y poder, Derecho y realidad social, Derecho y otros sistemas normativos) y *Sobre la Filosofía del Derecho* (Teoría del Derecho, Teoría de la ciencia jurídica, Teoría de la justicia), y va desgranando y exponiendo capítulo por capítulo las tesis del profesor Peces Barba, incluyendo comentarios a las mismas. Por último, el amor concluye que «Las observaciones realizadas nos permiten comprobar que el libro..., lejos de pretender un tratamiento exhaustivo de los temas, se ha mantenido dentro de las exigencias que cualquier Introducción comporta, renunciando incluso a la tentación de extenderse, como muy bien ha hecho en otros trabajos de la especialidad, en el análisis de los argumentos que le son más queridos, y armonizando con pulcritud la enunciación de los temas a investigar con la profundización en tesis originales y el apunte de propuestas que permitirán al estudioso de la Filosofía del Derecho disponer de un abanico organizado de áreas de investigación y de unos materiales donde la pluma del Profesor de la Universidad Complutense abona terrenos en los que muchas veces la cosecha ha sido por él mismo recogida con anterioridad yen otros garantiza que la prosecución por la vía 'integradora y no desintegradora' que él nos abre constituye el mejor camino para la consecución de las metas que cualquier investigador de los temas de Filosofía del Derecho ha de proponerse».

(J. A. R.)

ATIENZA, Manuel.

Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho.

Doxa, Alicante, n.º 2, 1985, págs. 223-229.

Resumiendo un trabajo más extenso, de próxima publicación, (Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico) a lo largo de veintidós tesis -relacionadas entre sí, pero cada una independiente y con sentido propio- el amor desentraña las posibilidades y riesgos, aclara malentendidos y matiza el uso de la analogía en los procesos de interpretación, aplicación, descripción y explicación del Derecho.
En particular considera la analogía como un mecanismo necesario para la innovación de cualquier ordenamiento jurídico, y cuyo uso implica necesariamente creación o innovación del Derecho, permitiendo la adecuación de un sistema constituido por normas fijas a un medio social en constante transformación. Por otro lado, rechaza que la analogía sea fuente -en el sentido habitual- del Derecho, y considera fuente no a la analogía misma, sino a la norma creada por el procedimiento analógico. Muestra también que la analogía es un instrumento de la justicia formal, pues el uso de la misma (el argumento «a simili») se basa en el principio de igualdad que prescribe que se deben tratar igual los casos semejantes. Y apunta, por último, las vías por donde debe encaminarse una futura investigación sobre la analogía en el Derecho, la cual debería tratar de articular en un sistema unitario «las técnicas de inteligencia artificial aplicables al Derecho, la teoría de los subconjuntos borrosos y las lógicas de la vaguedad que se están construyendo sobre esta base, el instrumental lógico -análisis de las normas, de las oposiciones deónticas, etc.- proporcionado por la lógica deóntica, y los criterios de racionalidad práctica que se tratan de elaborar a partir de una teoría de la argumentación jurídica».

(M. A. G.)

Por lo que concierne al Derecho privado, el autor hace referencia a dos instituciones: la propiedad y el matrimonio. Respecto de la primera afirma que: «sólo después de la Reforma, y por influencia del individualismo metodológico, pasa a considerarse la propiedad como derecho subjetivo». Concluye el artículo con unas referencias a la institución matrimonial comparando la concepción católica con la luterana.

(L. A. G. P.)

ATIENZA, Manuel.

Introducción al Derecho.

Ed. Barcanova, Barcelona, 1985, 377 págs.

El objetivo fundamental de esta obra es presentar una introducción amplia al Derecho ya los saberes jurídicos que de cuenta del carácter complejo y multiforme de lo jurídico. El esquema seguido para ello es, sin embargo, bastante simple. Los tres primeros capítulos se agrupan en torno ala pregunta ¿qué es el Derecho?, y pretenden ofrecer tres respuestas distintas según se adopte una perspectiva estructural (¿cómo está estructurado el Derecho?, ¿cuáles son los elementos que lo integran?), funcional (¿para qué sirve?, ¿qué funciones cumple en la sociedad?) o valorativa (¿cómo debería ser el Derecho?, ¿cuándo un Derecho es justo?). Los dos últimos capítulos buscan su unidad en torno a la pregunta ¿qué es la ciencia del Derecho?; la respuesta varía en este caso según se tome en consideración el saber jurídico tradicional (¿qué tipo de actividad intelectual es la dogmática jurídica?, ¿tiene o no carácter científico?) o bien se amplíe la perspectiva para incluir otras disciplinas como la sociología del Derecho, la lógica jurídica, la informática jurídica o la filosofía del Derecho (¿cuál es la situación actual de todos estos saberes jurídicos?, ¿qué relación guardan entre sí y con la dogmática jurídica?).
La adopción de esta perspectiva general tiene que ver con la intención del autor de dirigirse a un público amplio. Por un lado, pretende ofrecer una serie de materiales para usar en un curso de Introducción al Derecho que sustituya al anacrónico Derecho Natural que aún sigue figurando en los planes de estudio de las Facultades de Derecho españolas. Por otro lado, desearía contribuir a facilitar un mayor intercambio y conocimiento mutuo entre los juristas y los filósofos y científicos sociales.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan.

Marxismo y ciencia del Derecho.

Sistema, Madrid, n.º 64, enero 1985, págs. 344.

El artículo trata de «ver si existe o no una ciencia jurídica marxista y, exista o no, indagar que es lo que el marxismo puede aportar (aunque sea en forma negativa, es decir, como crítica) a la ciencia jurídica».
En un primer apartado, los autores examinan las dificultades que, en el contexto del marxismo, presenta la posibilidad misma de una ciencia *jurídica* (la carencia de autonomía del Derecho, su carácter ideológico, la propuesta de su extinción) así como la ambigüedad de la concepción marxiana de la *ciencia.*
A continuación, pasan revista a algunas de las concepciones de la ciencia jurídica sostenidas por autores marxistas tanto del Este como del Oeste: E. Pasukanis, R. Lukic, U. Cerroni, B. Edelman y M. Miaille.
Respecto a Pasukanis destacan que el modelo de ciencia del que parte obedece a la noción hegeliano-marxista de la ciencia como dialéctica, lo que implica que su teoría no puede calificarse como *científica* en el significado usual de este término. Ello no obstante, la teoría general del Derecho de Pasukanis presenta, a juicio de los autores, aspectos positivos: pues su historicismo puede «proporcionar un correctivo importante a la tendencia de la teoría general del Derecho normal a analizar los conceptos jurídicos desde una perspectiva exclusivamente abstracta y ahistórica». Y, en este sentido, escriben que «los análisis efectuados por Pasukanis de los conceptos de Derecho público y Derecho privado, de Derecho objetivo y derecho subjetivo siguen teniendo, en nuestra opinión, un interés no simplemente erudito».

La obra de R. Lukic es presentada como «un *mixtum* de discurso jurídico tradicional e ingredientes marxistas (...) cuyos dos elementos no se encuentran siempre bien trabados» que se resuelve en «una verdadera *summa* de arcaísmo y de caos y confusión conceptuales».

BALLESTEROS, Jesús.

Paz, desarme, libertad: obstáculos económicos e ideológicos.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 65-75.

«Si vis pacem, para bellum». Este aforismo resume la doctrina de la disuasión, que ha sido la justificación de los Estados a la escalada armamentista en sus relaciones internacionales; débil argumento que pretende desterrar la violencia con la violencia. Prueba de ello es el cambio experimentado en las estrategias político-militares de los dos bloques: se ha pasado de la estrategia de la disuasión a la estrategia del exterminismo como consecuencia de la acumulación de una potencia destructiva superior a la necesaria para destruir al enemigo, excediendo por tanto la declarada función defensiva.
¿Cuál es la causa, entonces, del aumento de los gastos militares? En otras palabras ¿a quién beneficia? En los EE.UU. nos encontramos con grandes compañías dedicadas a la fabricación de armas, compañías que integran el llamado «Complejo Militar Industrial» y obtienen enormes beneficios con sus ventas al Pentágono. Así pues, puede afirmarse que económicamente «la principal responsabilidad del armamentismo recae sobre las grandes compañías norteamericanas de armamentos, y sobre los grandes traficantes de armas». Por otro lado, la U.R.S.S. ve «racionalizada» su hegemonía frente a disidentes y aliados, favoreciendo su anquilosamiento burocrático-totalitario. En consecuencia, para la U.R.S.S. las ventajas son de índole política.
Si hasta aquí se han analizado las causas reales de la carrera de armamentos, el autor, a continuación, pasa a tratar de los criterios de justificación de ésta, que enmascaran, al mismo tiempo, tales causas. Ambos bloques mantienen una actitud maniquea al calificar siempre al contrario de «culpable». De esta forma «cada aumento de gastos en la carrera es presentado como realizado previamente por el enemigo, que en definitiva acaba realizando finalmente y así indefinadamente».

De la obra de U. Cerroni se subrayan las grandes analogías que sus planteamientos presentan con los de Pasukanis; el que sus escritos -a diferencia de lo usual en los marxistas contemporáneos- se asientan en un buen conocimiento de la teoría jurídica del siglo XX y, finalmente, el carácter fuertemente prescriptivo del modelo de ciencia jurídica propuesto por Cerroni así como que tal modelo «parece demasiado ambicioso para ser operativo».

Los trabajos de B. Edelman y M. Miaille son presentados como la aplicación al campo jurídico de la interpretación del marxismo llevada a cabo por L. Althusser. Se ponen de relieve, así, algunos rasgos del pensamiento althusseriano particularmente presentes en las obras de aquéllos (la tesis de la ruptura epistemológica, el entendimiento del concepto marxista de totalidad como radicalmente diverso de su correspondiente hegeliano, la consideración de la noción de sujeto como noción central del discurso ideológico). La aplicación del marxismo althusseriano al campo del Derecho llevada a cabo por Edelman y Miaille no ha sido, a juicio de los autores, demasiado fructífera: a propósito de Edelman, escriben que su aportación «no va más allá del redescubrimiento de algunos lugares comunes y de la crítica a autores escasamente representativos del pensamiento jurídico actual»; de Miaille, señalan que no aporta nada que no se encontrara ya en autores marxistas de finales del XIX o, por lo que hace a la vertiente más propiamente jurídica, en Pasukanis.

La conclusión general más importante del conjunto del trabajo es «el escaso desarrollo de las diversas líneas de investigación que ofrece el marxismo a la *ciencia jurídica*, especialmente en cuento ciencia *social* (no tanto en cuanto ciencia *normativa*)». Desde Pasukanis -concluyen- no parece que haya existido un progreso apreciable del programa de investigación marxista en el terreno del Derecho.

Para salir de esta situación se requiere una nueva forma de pensar, que para el profesor Ballesteros se concreta: en lo económico, en la conciencia de la necesidad de establecer un verdadero «nuevo orden económico internacional» en el que la solidaridad sustituya a la competencia y se reconvierta a las industrias de armas en otras de mayor utilidad social; en lo político, en la lucha contra la «burocratización del mundo» (mediante la exigencia de información veraz y transparente y posibilidad de disidencia, con lo que las cuestiones de importancia para todos puedan ser decididas por todos) y en el ámbito internacional en el necesario desbloqueo de las relaciones Este-Oeste; y en lo cultural, en el desplazamiento de la «ideología de la técnica» para prestar una mayor atención a la persona.

(A. D. P.)

BAURMANN, Michael y KLIEMT, Hartmunt.

¿Tomar a la ligera el positivismo jurídico? (Trad. de Javier de Lucas).

Doxa, Alicante, n.º 2, 1985, págs. 167-185.

Se trata de una crítica a la traducción alemana del libro de Ronald Dworkin *Taking Rights seriously*, en el que se discuten las tesis jurídico-positivistas de H.L.A. Hart. Hart, como se sabe, reconduce la idea matriz kelseniana del imperativo coercitivo o sancionador de la norma, observando que, además de las «normas primarias» o que obligan a actuaciones concretas, hay otras «secundarias», que tienen por objeto la aplicación de aquéllas, bien facultando a personas o grupos para decidir si se produce el quebrantamiento de normas vinculantes, bien regulando procedimientos para su aparición, o bien identificando tales normas vinculantes, las que pertenecen al sistema jurídico, mediante lo que el propio Hart llama «regla de reconocimiento». Dworkin combate la propuesta de Hart, y en particular defiende la imposibilidad de distinguir entre criterios morales y jurídicos, pues para el el problema del Derecho vigente es una cuestión de «principios morales», y ataca la «regla de reconocimiento» para la identificación empirica del Derecho positivo, por su excesiva indiferenciación y sencillez, por su irrelevancia, por entender -a fin de cuentas- que no satisface la inclusión en el ordenamiento de los «principios jurídicos», como especie aparte y distinta de las reglas jurídicas.
Por su parte, Baurmann y Kliemt, para demostrar la inconsistencia de estas objeciones, acuden a la observancia de la práctica jurisprudencial, donde tan importante son los «precedentes» y «preceptos de Derecho escrito», resaltando que cuando el Juez los toma en consideración, evidentemente suspende su autonomía de juicio moral. Es ahí donde juega su papel la «regla de reconocimiento». Y en cuanto a la argumentación sobre los «principios jurídicos», los autores de este trabajo los consideran identificables mediante una regla de reconocimiento positiva, puesto que, en todo caso, son sustentados por fuentes del Derecho que objetivizan su utilización.

BOBBIO, Norberto.

8 preguntas a Norberto Bobbio (Entrevista realizada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero).

Doxa, Alicante, n.º 2, 1985, págs. 233-246.

En esta entrevista realizada por M. Atienza y J. Ruiz Manero, Bobbio responde a 8 preguntas que le dan pie para referirse a un conjunto de cuestiones diversas que abarcan temas relacionados con su biografía política (sus experiencias bajo el fascismo, la influencia que ejercieron sobre él Croce y Gobetti, su militancia en el *Partido d'Azione*, su abandono de la política tras la caída del fascismo y su reciente regreso a la misma), con sus intereses intelectuales (abandono de la teoría general del Derecho en beneficio de la filosofía política), con sus actitudes políticas (el diálogo con la extrema izquierda, la crisis de actual Estado del bienestar, las tendencias manchesterianas de los partidos socialistas, el papel del PCI), con sus actitudes ante los problemas de la paz (polémica con J. Galtung), y, por último, con su valoración sobre el porvenir del marxismo.

(J. A. R)

BOBBIO, Norberto.

El equilibrio del terror. (Trad. de Alfonso Ruiz Miguel).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid n.º 2, 1985, págs. 5-17.

El equilibrio del terror ha de considerarse como manifestación extrema y versión actual del equlibrio de poderes. Extrema y actual porque no se refiere tanto a la par en general como a la «suspensión sine die de la guerra nuclear».
Para Hobbes el temor recíproco induce a los individuos a salir del estado de naturaleza creando un poder supraindividual que les proteja «por las fuerzas de todos»: el Leviathan, el Estado. Pero el temor subsiste en las relaciones internacionales («Un Estado territorialmente limitado no elimina la guerra universal de todos contra todos»). ¿Por qué, pues, ese temor no induce a los Estados a instaurar un poder supraestatal?
Expuestas estas ideas, el profesor Bobbio analiza la doctrina del equilibrio del terror. Según ella, en las relaciones entre Estados con intereses incompatibles es la igualdad de fuerzas la que garantiza la paz a través de la estrategia de la disuasión, entendida como la política consistente en demostrar al adversario que se está preparado para una defensa tal que los costos de una agresión serían superiores a las ventajas. Y actualmente el efecto disuasorio de las armas atómicas haría, no ya improbable, sino imposible la guerra nuclear.
La doctrina del equilibrio del terror desde la filosofía de la historia se relaciona con la concepción de la heterogénesis de los fines y empíricamente trata de sostenerse por sus defensores apelando a los decenios de paz transcurridos desde la segunda guerra mundial. Pero ¿habría estallado inevitablemente una tercera guerra si no se hubiera instaurado, gracias a las armas nucleares, el equilibrio del terror?

Termina el artículo con la defensa de la distinción entre Derecho y moral y, consecuentemente, del concepto positivista del Derecho, que permite a su vez una mejor critica al Derecho positivo, incluso desde el punto de vista moral.

(A. A. .L.)

Para el autor, en la doctrina analizada se advierte la siguiente paradoja: las armas nucleares serían construidas con la precisa intención de no ser usadas, pero sólo impiden la guerra nuclear, (no la convencional, para la que su existencia o inexistencia es indiferente).
Con respecto a la situación actual, Bobbio advierte que la humanidad vive bajo el equilibrio del terror, equilibrio muy inestable, de eficacia sólo parcial y que cambia al compás de una carrera ascendente de armamento que sólo se detendrá con la ruptura de la tregua o con la creación de una instancia supraestatal.
De todo ello, el profesor Bobbio concluye que la doctrina del equilibrio del terror no es más que un intento de justiticación de la conducta irresponsable y éticamente viciada de las grandes potencias actuales.

(D. G. L.)

BOBBIO, Norberto.

Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci. (Introducción de Alfonso Ruiz Miguel y Trad. de Juan Carlos Bayón).

Ed. Debate, Madrid, 1985, 365 págs.

Este libro -inédito como tal en Italia- recoge un conjunto de ensayos del Prof. N. Bobbio sobre historia del pensamiento político tanto moderno como contemporáneo, escritos entre 1957 y 1981. El volumen arranca con un extenso trabajo, *El modelo iusnaturalista,* sobre los modos iusnaturalistas de concebir la sociedad y el Estado. El segundo trabajo, *Hobbes y el iusnaturalismo,* parte de la constatación de que «se está difundiendo la convicción de que el iusnaturalismo moderno no comienza con Grocio, sino con Hobbes» (pág. 151) y, en esta línea, concluye que «Lo cierto es que Hobbes inventa, elabora y perfecciona los más refinados ingredientes iusnaturalistas... El iusnaturalismo moderno pasa, es cierto, por Hobbes, pero se afirma sólo con Locke» (pág. 170). En el tercer ensayo, *Vico y la teoría de las formas de gobierno,* Bobbio hace una exposición de la teoría viquiana recurriendo a los tres posibles fines que puede cumplir cualquier sistema conceptual construido en el campo de las disciplinas históricas y sociales: a) describir y clasificar las formas de gobierno que se han dado históricamente (descriptivo); b) expresar una preferencia por una de las formas sobre las demás (prescriptivo); c) describir (o prescribir) las etapas del movimiento histórico, cuando las diferentes formas están dispuestas en orden cronológico (histórico, que a su vez puede ser descriptivo o prescriptivo). En *Kant y las dos libertades* se pone de manifiesto como Kant maneja ambos conceptos de libertad -como autodeterminación individual (liberal) y como autodeterminación colectiva (democrático)- sin llegar nunca a distinguirlos claramente. En el quinto trabajo, *Derecho privado y Derecho público* en *Hegel,* el autor muestra cómo a cada tipo de obras (sistemáticas, históricas y polémicas) de Hegel corresponde un uso diferente de la distinción entre los

BOBBIO, Norberto.

La razón en el Derecho (Observaciones preliminares). (Trad. de Alfonso Ruiz Miguel).

Doxa, Alicante, n.º 2, 1985, págs. 17-26.

El artículo (ponencia inaugural del Congreso «La ragione nel Diritto», celebrado en Bolonia en diciembre de 1984) se puede dividir en dos partes. En la primera, Bobbio trata de acotar las relaciones razón-Derecho («ley de la razón»/«razón jurídica»; «razón legisladora» o fuerte/«razón juzgadora» o débil) y afirma que el problema del Derecho como producto de la razón fue olvidado a principios del siglo XIX.
La segunda parte trata de establecer los puntos comunes que existen entre las distintas concepciones del Derecho racional. Afirma Bobbio que existen tres ejes básicos a todas las teorías racionalistas, que consisten en distinguir el Derecho de la revelación divina, de la voluntad superior y de la experiencia histórica.
Para Bobbio, a pesar de la gran cantidad de usos que se han atribuido al termino razón, es posible encontrar un factor común en todos ellos (razón = máximo órgano del conocimiento humano), y esto le permite abordar dos cuestiones:
-la persistencia del nexo razón-Derecho: para Bobbio existe una definición mínima de Derecho («conjunto de reglas de conducta que induce al hombre a una convivencia ordenada»). Sólo existirá ésta si existen unas leyes generales inscritas en el orden universal, que la razón debe descubrir;
-la crisis del Derecho racional en un momento de la historia: con la introducción del método positivo y del método histórico, «la idea del Derecho natural se licuó y la escisión entre Derecho y razón quedó irremediablemente consumada».

(A. J. M. V.)

CALABRESI, Guido.

Sobre los límites de algunos análisis «no económicos» del Derecho.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 221-228.

El autor, en primer lugar, realiza una confrontación de las ventajas y defectos del método del análisis económico del Derecho frente a otras metodologías imperantes en los Estados Unidos. El primero de estos métodos es el del análisis lingüístico del Derecho que, según el autor, «concede una importancia, ciertamente extraña, al modo normal de hablar. Como si el modo de hablar naciera antes que las relaciones sociales... y fuera independiente de ellas. Como si fuera posible afirmar que es necesario realizar ciertas cosas porque se habla de determinada manera, en vez de advertir que ésta es el modo de describir lo que hacemos dadas unas relaciones legales». El segundo método es el referido al *Legal Process,* que si bien, en opinión del autor, posee cierto valor, «en la medida en que no se pregunta, dado un sistema social y político, quien puede responder mejor a ciertas aspiraciones, a ciertos deseos de la sociedad, jamás nos dice qué resultados se deben obtener, ni hacia dónde debemos encaminarnos. En consecuencia, como método jurídico, como crítica, produce una enorme sensación de vacío». El tercer método es el de la crítica ideológica al Derecho, que resulta útil en la medida en que pone de manifiesto a qué grupos sirve el Derecho, pero se revela absolutamente inútil cuando se trata de proceder a la reconstrucción del Derecho. El cuarto método es el filosófico, y el principal problema que plantea «es la tendencia a describirlo todo en términos de justicia, en términos absolutos; términos que a la postre no resultan ciertos. Luego cuando con este método tratamos de acercarnos a la realidad, afirmando que en ella los derechos no son absolutos, sino contingentes, y por consiguiente debemos sustituir las nociones absolutas por otras contingentes, nos encontramos con que aquél (el método) ya no nos sirve porque se han esfumado los puntos de

Derechos y que los tres usos tienen en común el significado valorativo de los dos términos: Derecho privado representa siempre el momento inferior o negativo y Derecho público el momento superior o positivo. El siguiente ensayo, *Marx, marxismo y relaciones internacionales*, parte de la constatación de que la polémica sobre si existe una teoría marxista del Estado se ha referido casi exclusivamente al problema del Estado en sus relaciones internas; la cuestión que aquí plantea Bobbio es la de si existe o no una teoría marxista de las relaciones internacionales. En el capítulo séptimo, *Estado y Poder en Max Weber*, se examinan algunos temas de la teoría política de Weber -el último clásico en opinión de Bobbio- confrontándolos con «lo que he llamado 'los temas recurrentes' del pensamiento político, dedicando especial atención a aquellos amores cuyas teorías acompañan la formación del Estado moderno» (pág. 260). En el octavo capítulo, *Mosca y la ciencia política*, Bobbio analiza primordialmente el método, el objeto y el fin de la concepción de la ciencia política en este amor. En *Pareto y la crítica de las ideologías* se pone de relieve que la clave sistemática de la obra de Pareto consiste en considerar a las ideologías bajo tres aspectos: el objetivo, el subjetivo y el de la utilidad; y de ahí pueden extraerse dos tesis: a) toda ideología puede ser considerada según su grado de verdad (aspecto objetivo), según su grado de eficacia (aspecto subjetivo) y según su grado de utilidad (aspecto de la utilidad) y b) cada uno de estos criterios es independiente. En el último ensayo, *Gramsci y la concepción de la sociedad civil*, Bobbio pone de manifiesto que la clave para alcanzar una interpretación articulada del sistema conceptual gramsciano «es el reconocimiento de que 'sociedad civil' es uno de los dos términos no de una sola antítesis, sino de dos antítesis diferentes» (pág. 364): como término de la antítesis estructura-superestructura y como momento de la superestructura.

Es de resaltar también el extenso trabajo introductorio de Alfonso Ruiz Miguel, *Filosofía de la historia en historia de la filosofía en N. Bobbio*, que suministra al lector las claves para comprender la tarea intelectual de Bobbio en sus trabajos histórico-filosóficos.

(J. A. R.)

referencia». Por último, se refiere al método formalista o dogmático, cuyo problema «es que a la postre se convierte inevitablemente en un método histórico, en un método con el cual aquello que se ha realizado en el pasado se percibe como un dogma que ahora se desarrolla, o se modifica, haciéndose más coherente, sin que en ningún momento la estructura deje de ser la del pasado». Tras esta confrontación el amor concluye que el análisis económico del Derecho está en una posición prevalente, «pues a pesar de todos sus defectos, ninguno de los métodos alternativos consigue derrotarlo en la discusión de cuestiones prácticas del Derecho».

El artículo incluye también una breve exposición sobre la relación entre eficiencia y justicia.

(J. A. R.)

CALSAMIGLIA, Albert.

De nuevo sobre la guerra y la cooperación.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 44-63.

En este artículo el autor propone una alternativa a las tesis del pacifismo jurídico basadas fundamentalmente en el artificio contractualista y en la necesidad de construir un supraestado que garantice la paz. Para lograr su objetivo utiliza la teoría de la cooperación de R. Axelrod basada en la teoría de los juegos y la aplica a la carrera de armamentos. El trabajo parte del análisis del juego del dilema del prisionero reiterado y de ese modelo extrae una serie de conclusiones.
La tesis principal del artículo es que la cooperación podría surgir si los Estados persiguieran sus intereses egoístas y fueran fieles al postulado de la defensa. Sin embargo, la cooperación para la paz no surge porque la función principal de la carrera armamentista no es defensiva sino agresiva. Si los objetivos fundamentales de los Estados fueran defensivos la propuesta de la cooperación sería mejor que la del supraestado. El autor trata de argumentar las razones que justifican su preferencia y también las razones que impiden la emergencia de la cooperación. El trabajo trata de averiguar cómo es posible que surja la cooperación entre individuos que no tienen especiales relaciones de amistad y que persiguen sus propios intereses y cuáles son las causas que impiden el desarrollo de la cooperación en el tema armamentista.

CALSAMIGLIA, Albert.

¿Por qué es importante Dworkin?

Doxa, Alicante, n.º 2, 1985. Págs. 159-165.

La obra de Ronald Dworkin constituye -en opinión de Albert Calsamiglia- una de las aportaciones más valiosas de la filosofía jurídico-política norteamericana actual, por cuanto representa una alternativa a la ciencia general del Derecho dominante, que pone en tela de juicio presupuestos profundamente arraigados en la mentalidad de los juristas, circunstancia esta última que lo convierte en un autor incómodo. La crítica a la filosofía militarista -una de las manifestaciones más relevantes de la filosofía liberal- y a la jurisprudencia analítica -que es la expresión más acabada de la teoría jurídica liberal- ocupa un lugar muy importante en su obra como prolegómeno de un nuevo liberalismo igualitarista. Frente a ella propugna una teoría alternativa de los derechos como fundamento de su parte normativa y la necesidad de relacionar el pensamiento moral con el pensamiento jurídico, destruyendo el tradicional aislamiento entre los juristas y otros especialistas sociales. Calsamiglia, como colofón a su breve estudio sobre la figura de Dworkin, estima que las preocupaciones de ese autor no son ajenas al Derecho continental, rebatiendo las opiniones expresadas en sentido contrario.

(S. M. .A.)

CALSAMIGLIA, Albert.

Sobre la teoría general de las normas.

Doxa, Alicante, n.º 2, 1985, págs. 87-105.

Albert Calsamiglia efectúa aquí una reflexión acerca de la última obra de Kelsen, que en su opinión introduce un conjunto de importantes cambios respecto de su teoría pura del Derecho. Estos cambios los resume en tres apartados fundamentales: la norma fundamental, las relaciones entre lógica y Derecho y el supuesto logicismo e irracionalismo de su obra póstuma.
En lo que se refiere a la norma fundamental, ésta cambia su cualificación filosófica. Se mantiene su necesidad entendiéndola ya no como una hipótesis, sino como una ficción, en el sentido de la filosofía del «como si» de H. Vaihinger. Además se reconoce que las normas pueden adquirir validez por un camino distinto al de la norma fundamental. El aspecto de la justificación de la obediencia al Derecho viene dado por la suposición de esta misma norma fundamental, pero a ello se le criticará el que se trate de una tautología.
El apartado de las relaciones entre lógica y Derecho ofrece el cambio sustancial de que Kelsen considerará inadecuada la técnica de la aplicación indirecta de la lógica a las normas jurídicas. La lógica no se podrá aplicar de ninguna forma sobre las normas.
Por último, en «La Teoría General de las Normas» Kelsen rompe con el logicismo que habrá defendido hasta ese momento, según el cual el Derecho era un sistema carente de contradicciones, y reconoce que las propiedades de la ciencia del Derecho no tienen por qué coincidir con las del propio Derecho.

(R. D. .F.)

CALVO GONZÁLEZ, José.

La fuerza normativa de lo fáctico en materia urbanística.

Revista de Derecho Urbanístico, n.º 92, marzo-abril 1985, págs. 67-72.

En cuanto las normas jurídicas representan el más elevado grado de abstracción de la experiencia jurídica, sus soluciones y decisiones generan a veces excesivas reducciones de la realidad que tratan de ordenar con lo que, a falta de más particulares referencias sociales, empíricas o fácticas orientadoras, las hay que persisten inopinadamente o bien que en su enorme complejidad técnica son incorrectamente aplicadas. Este pensamiento inspira el breve comentario dedicado a la obligación impuesta al amparo de la Ley de Reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación urbana -2 de mayo de 1975- y específicamente contenida en el art. 83, 3 b) de su Texto Refundido -9 de abril de 1976- sobre cesión a los Ayuntamientos, con carácter gratuito, del 10% del aprovechamiento medio del que resulte «suelo urbanizable programado» dentro de los límites de un territorio municipal, y acerca subsiguientemente de la definición del régimen jurídico del suelo urbano, como cuestiones ambas imbricadas por la influencia de apreciaciones fácticas o físico-reales con fuerza normativa en materia urbanística, en expresa referencia a la doctrina jurisprudencial del Supremo contenida en las sentencias de 23 de marzo de 1982, 2 y 3 de junio siguiente, 28 de diciembre de 1983 y 14 de marzo de 1984. La reflexión así dispuesta se encamina a hacer de la investigación iusfilosófica sobre la praxis jurídica, un campo abierto al intento de elaborar una metateoría de la realidad y técnica jurídicas en la que si no llegando a asumir posiciones metodológicas tan concretas como las de Luhmann -es decir, la de construir el sistema y la dogmática jurídica sobre «conceptos jurídicos adecuados a la sociedad» donde los hechos y estructuras sociales queden incluidos en los modelos jurídicos que los conducen de forma normativa decidible -al menos se depure en lo posible

CALVO GONZÁLEZ, José.

Notas sobre la recepción de la teoría institucional en la doctrina iuspublicista española.

Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación, n.º 1, 1986, págs. 29-49.

Este trabajo contiene el estudio de la recepción que las fuentes y la teoría institucional del Derecho tuvieron en nuestro país, concretándolo en el ámbito del Derecho Público con particular mención de las disciplinas de Derecho Político, Administrativo, Procesal y Público Eclesiástico. Respecto a las fuentes, puede afirmarse que su recepción fue tardía, desigual e incompleta. Sin embargo, la clara despreocupación editorial por difundir los textos fundamentales del institucionalismo jurídico contrasta vivamente con el eco y estimable nivel de aceptación alcanzado en la doctrina iuspublicista española. El panorama interdisciplinar que sobre ella se construye permite concluir tres reflexiones generales. Primera, la multiplicidad de aplicaciones que, aunque tardíamente, llegan a producirse apoyadas tanto en la dirección ordinamental como institucional, si bien primando ésta sobre aquélla al principio, para, luego de la traducción de *L'ordinamento giuridico* de Santi Romano en el año 1963, encontrar un aparente punto de equilibrio que en realidad obedece a la trivialización de los postulados romanianos más que a su estricta y plena aceptación. Segunda, la diversa interpretación ideológica y adaptabilidad al ambiente político de cada momento (década de los 40 y de los 60, principalmente) que su cultivo muestra en disciplinas de contenido jurídico-político, aunque debiéndose subrayar cierta propensión hacia su empleo no en favor de posiciones liberal-democráticas. Finalmente, tercera, la prácticamente nula incidencia sobre la actual doctrina iuspublicista, salvo elaboraciones que apenas conservan algo más que consonancias nominales. Este estudio ha servido de base a otro más amplio, que abarca también disciplinas de Derecho Privado y las direcciones institucional y ordinamental en la Filosofía Jurídica española y que integra el tercer capítulo de *La*

CALVO GONZÁLEZ, José.

Presupuestos del fenómeno jurídico en la crítica marxista del derecho.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 337-358.

El trabajo plantea fundamentalmente un cúmulo de preocupaciones metodológicas que arrancan con una advertencia sobre la necesaria diferenciación -que evite interpretaciones extensivas, falsas identificaciones conclusivas o desdoblamientos infundados- entre fuentes relativas a la teoría del Estado y propiamente referibles a una más o menos precisa teoría marxista del Derecho. A ello se añade la recomendación, para el estudio de las categorías jurídicas, del empleo de los principios metodológicos contenidos en el *Prólogo* a la *Contribución a la crítica de la economía política,* de manera que sea posible reflexionar sobre las formas del fenómeno jurídico en su configuración más abstracta y pura, pasando luego, por complicación, a la concreción histórica donde, ciertamente, se imbrican muy de cerca y hasta se asimilan Derecho, Derecho del Estado y Derecho del Estado burgués. Persiguiendo esta sistematización teórica se delimitan tres presupuestos (presupuesto ideológico, revolucionario y antropológico) de los que resultan tres categorías específicas (ideología, revolución y hombre) a través de las que el fenómeno jurídico encuentra el perfilamiento y continente más representativo entre los aspectos de carácter crítico que han sido enunciados por la crítica marxista del Derecho. Finalmente, en la relación posible «Filosofía del Derecho-Marxismo» se opta por la técnica del método comparativo entre la pretendida o eventual teoría marxista del Derecho y las más importantes teorías de la ciencia jurídica contemporánea.

la confusión entre el fundamento de la protección que los ordenamientos jurídicos otorgan a ciertas relaciones sociales y la naturaleza de las instituciones jurídicas en que se albergan, o lo que es igual, la distinción entre el por qué de la ordenación y protección jurídica y la razón normativa de las instituciones y expresiones técnicas de ordenación jurídica.

institución Jurídica. Interpretación y análisis del lenguaje jurídico (Publics. de la Universidad de Málaga, 1986, 142 pp.).

CAPELLA, Juan Ramón.

El trabajo como dato prejurídico.

Doxa, Alicante, n.º 2, 1985, págs. 117-128.

Este artículo -extraído por el Consejo de Redacción de Doxa del libro de J. R. Capella *Dos lecciones de Introducción al Derecho*- toma como punto de partida la noción de trabajo y algunos rasgos fundamentales de éste. El trabajo humano, relación o intercambio necesario del hombre con la naturaleza, es social, indirecto (por la pluralidad de instrumentos que utiliza), y no sólo produce cosas, sino también ideas, que son medios de producción de importancia difícilmente exagerable.
Seguidamente se analizan los aspectos de la división social del trabajo y el grado de influencia que han tenido en ella las causas naturales (que son las menos poderosas), y las técnicas de producción. La conclusión es considerar al aspecto económico-político como la causación más poderosa, pues configura el aspecto *clasista* de la división del trabajo.
Hablando del origen del Derecho, explica Capella que en las comunidades primitivas no había poder político ni jurídico: sólo mitos y una moralidad positiva de gran fuerza ideológica que ordenaba la sociedad de un modo más simple que el Derecho.
El poder político y jurídico nacen en formas de organización social más complejas, en concreto con la práctica de la agricultura masiva en Egipto y Mesopotamia. Allí aparece el conflicto social, y para anularlo surge una fuerza centralizadora: el poder político, violencia institucionada que garantiza la reproducción del conjunto social. Este Estado no sólo tiene una función represiva contra los intentos de emancipación de las comunidades subordinadas, sino también una función civilizadora, que hizo de aquella fuerza militar dirigente un poder político y jurídico.

(M. J. M. C.)

CAPELLA, Juan Ramón.

Entre sueños.

Ed. Icaria, Barcelona, 1985, 199 págs.

Bajo el titulo de *Entre sueños* el autor reune los siguientes trabajos de filosofía política escritos a lo largo aproximadamente de una década (desde 1974): *Fragmentos de un discurso libertario; Cien años después de Gotha, Sobre la burocratización del mundo; La mirada de Marx sobre el Leviathan, El lobo que viene (o sobre la fascistización silenciosa); Apuntes de principio y método para la reflexión política en el fin del milenio.* A pesar de algunos cambios de énfasis explicables por los distintos momentos en que fueron redactados los trabajos que lo integran, el libro es bastante unitario, en cuanto expresión de un pensamiento político cuyo núcleo ha permanecido más o menos inalterado. Concretamente, la filosofía política de Capella que se expresa en este libro puede caracterizarse a partir de los tres siguientes rasgos.
El primero es la procedencia marxista del entramado teórico que vertebra su filosofía política así como de la idea practica que guía todo su discurso: la emancipación humana, entendida como tarea que desemboca socialmente en el comunismo y políticamente en la acracia. Sin embargo, mientras que la «idealidad fundamental» de Marx no es nunca puesta en cuestión por Capella, no ocurre lo mismo con el aparato teórico del marxismo, con respecto al cual el autor va mostrando a lo largo del libro una distancia cada vez mayor que no le impide, en todo caso, seguir situandose dentro de *la tradición* de pensamiento marxista.
El segundo es su crítica radical al sistema político representativo. En su opinión, la representación política presupone necesariamente desigualdades sociales *concretas* que tratan de compensarse (precariamente) con la concesión de una igualdad política *abstracta;* en definitiva, el sistema político representativo presupone el capitalismo.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco.

Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la escuela del Derecho natural.

Persona y Derecho, n.º 13, 1985, págs. 61-109.

Este artículo comienza haciendo referencia a los profundos cambios que sufrió la ciencia jurídica en el siglo XVI y que culminaron con el nacimiento de una nueva disciplina: el Ius Naturale. Este respondía a presupuestos antropológicos y metodológicos que eran distintos de los del iusnaturalismo medieval. Todos estos autores (Grocio, Hobbes, Pufendorf, Vázquez de Menchaca, Wolff, etc.), participan de lo que «podríamos llamar principio militarista» que conduce a un proceso de análisis reconstructivo de la sociedad tratando de fundamentar racionalmente sus puntos de partida y las conclusiones alcanzadas. En este proceso reconstructivo la dicotomía estado de naturaleza/sociedad civil es la pieza clave, puesto que todos ellos recurren a ella; sin embargo, hay diferencias importantes entre ellos al explicar los móviles de la transición de un estado a otro (que se opera a través del pacto o contrato) y los fines de ese proceso; Váquez de Menchaca, por ejemplo, sitúa como finalidad del pacto la defensa de los «iura naturalia»; lo mismo sucede con Pufendorf. Hobbes, por el contrario, sitúa como finalidad última del contrato, por medio del cual surge la sociedad civil y el Estado, la seguridad de los ciudadanos.
Otro rasgo común del pensamiento jurídico de este periodo es la sobrevaloración de la ley positiva (generalmente entendida como mandato del poder), preparando así el camino para la reducción del Derecho a la ley que triunfará de manera definitiva con la revolución francesa. Concluye el articulo con un último epígrafe dedicado a Rousseau. En él se analizan los problemas derivados de la distinción entre «volonté générale» y «volonté de tous».

(L. A. G. P.)

Finalmente, el tercero de los rasgos lo constituye la consciencia de que estamos inmersos en una profunda crisis civilizatoria que condiciona toda la reflexión y la práctica política y ética. Algunas de las características de dicha crisis civilizatoria serían las siguientes: 1) La amenaza ecológica y nuclear que hace que la crisis actual sea cualitativamente diferente de todas las anteriores. 2) El antagonismo existente entre el progreso tecnológico y el progreso social. 3) La «fascistización silenciosa» que caracteriza al Estado burgués de final de siglo que adopta rasgos híbridos permanentes: rasgos de sistema representativo y rasgos fascistas encubiertos; entre estos últimos se encuentran: la estatalización y burocratización interna de los partidos políticos, el auge de la «razón de Estado» y del «secreto de Estado», o la simbiosis entre los Estados y el capital transnacional a través de «la industria de la manipulación de las consciencias».

(M. A.)

CORTINA ORTS, Adela.

La justificación ética del Derecho como tarea prioritaria de la filosofía política. Una discusión desde John Rawls.

Doxa, Alicante, n.º 2, 1985, págs. 129-144.

Como revela el significativo título escogido por la autora para plasmar la idea central sobre la que gravita su exposición, Adela Cortina pretende reivindicar la importancia y prioridad de atención que en el marco de la filosofía política tiene, a su juicio, el análisis de la fundamentación ética del Derecho, como condición sine qua non para consolidar las sociedades democráticas; tal reflexión se orienta a fijar los criterios de legitimidad crítica o validez, estimando la autora de especial interés la propuesta realizada en este sentido por John Rawls. Apunta el rótulo «iusnaturalismo procedimental» para caracterizar la justificación rawlsiana del Derecho, que se cimenta sobre una filosofía moral sistemática, deontológica, no teleológica e inspirada en el «constructivismo kantiano», encaminada a descubrir la objetividad moral. A grandes rasgos, según señala, la fundamentación ética del Derecho delineada por Rawls descansa en la autonomía real del hombre -basada en el reconocimiento de su «carácter autolegislador»- ejercida en condiciones ideales que garantizan la justicia de la elección y que expresan la unidad de la racionalidad práctica en su doble función, empírica -lo «racional»- y pura -lo «razonable»-. Como remate a su estudio la autora pone en tela de juicio el presunto carácter normativo de los principios rawlsianos de la justicia, propugnando una «tercera vía», que conjugue trascendentalismo e historia, sensible al carácter evolutivo de la conciencia moral-jurídica y al «valor normativo de las condiciones insuprimibles del sentido de los juicios».

(S. M. A.)

CORTINA ORTS, Adela.

Razón comunicativa y responsabilidad solidaria. (Epílogo de K. O. Apel).

Ed. Sígueme, Salamanca, 1985, 276 págs.

Este libro trata de analizar con detalle las propuestas del filósofo alemán K. O. Apel tendentes a buscar una *«fundamentación filosófica última»* de los principios prácticos.
Con especial cuidado se expone ya en la *Introducción* y en el capítulo primero el significado de la expresión *«fundamentación filosófica última»* de los principios morales utilizada por Apel. Fundamentación última equivale a *«dar razón»* sobre las valoraciones y opciones morales; fundamentación última es sinónimo de argumentar racionalmente y *la argumentación racional implica unos presupuestos trascendentales que la hacen posible,* de ahí que la «fundamentación última» suponga desvelar los presupuestos *trascendentales* que hacen posible todo proceso argumentativo. Este problema se plantea en la polémica de Apel con el *«racionalismo crítico»* de K. Popper y H. Albert para los cuales la fundamentación última es sustituida por la *«decisión última».* El otro blanco de Apel es el *«solipsismo metódico»,* que presupone que los individuos pueden actuar con sentido y pensar válidamente al margen de la comunidad; la consecuencia última de todo este planteamiento es que la razón *«estratégico-monológica»* no tiene reparo en utilizar a los demás hombres como medios. A partir de aquí la autora analiza las diferencias que separan a Apel de Rawls y rastrea las fuentes del pensamiento apeliano: Kant, Peirce y el segundo Wittgenstein.
El *factum rationis* kantiano no es para Apel un «yo» trascendental sino que, a partir de la reflexión sobre el lenguaje, Apel entiende que es el lenguaje el que marca los límites del mundo. La reflexión trascendental es proyectada sobre un hecho: el hecho lingüístico, el *factum rationis* kantiano es para Apel *la argumentación.* Esta es un hecho irrebasable, «quien desee eliminarla racionalmente se verá obligado a aducir argumentos».

CORTINA ORTS, Adela.

Rehabilitación de la razón práctica desde la ética de la ciencia.

Sistema, Madrid, n.º 67, julio de 1985, págs. 97-108.

El artículo parte de la constatación del siguiente hecho: cada día es más profundo y más amplio el abismo que separa a la razón teórica de la razón práctica, al ser y al debe-ser. El resultado es un concepto de objetividad y racionalidad cercenado; la ciencia patrimonializa para sí en exclusiva la idea de objetividad. Este planteamiento teórico tiene inmediatas consecuencias prácticas: la vida pública aparece regida exclusivamente por la razón cientifico-técnica (instrumental y estratégica) y la vida privada por el pluralismo axiológico de decisiones subjetivas. Este hiato hace imposible el logro de un consenso intersubjetivo que legitime las decisiones individuales. Frente a esta situación de escisión se ha venido gestando en los últimos años todo un movimiento de «rehabilitación de la razón práctica». Este artículo estudia las consecuencias éticas y políticas de la obra de Ch. Peirce y el uso que hacen de ella autores como K. O. Apel en su intento de fundamentar racional e intersubjetivamente la ética.
Del análisis de la obra de Peirce, extrae la autora las siguientes conclusiones: 1) no puede identificarse el sujeto de la ciencia con un sujeto individual, pues su finitud le impide el conocimiento de la totalidad de lo real; el sujeto de la ciencia pasará a ser entonces una comunidad real de investigadores que, por tanto, sólo pueden lograr proposiciones fácticamente consensuadas y por ello revisables; 2) la propuesta de Peirce reclama, además de un mundo real y una comunidad de intérpretes reales, una *comunidad ideal* que actuando al modo de metainstitución garantice la objetividad y la verdad fácticamente consensuada.
De otra parte, la autora pone de relieve la clara dimensión ética del trabajo científico que se manifiesta en la siguiente paradoja: de una parte, el investigador ha ingresado en el proceso científico porque está interesado

De Peirce extrae Apel las consecuencias últimas de su planteamiento: es imposible el conocimiento científico al margen de una comunidad de argumentación que fija el valor de las ideas e hipótesis.

El capítulo segundo, *Fundamentación pragmático-trascendental de una ética argumentativa*, comienza preguntándose si es posible una racionalidad no científica. Este tema es uno de los más polémicos no sólo en la teoría de la ciencia sino también en el de la metaética. Para Apel el terreno de lo objetivo no se limita al conocimiento científico sino que se extiende también a las normas; este planteamiento se apoya en dos premisas normativas relativas al conocimiento práctico: 1.ª) la intersubjetividad de las normas descansará en la corrección del razonamiento práctico, 2.ª) pero las primeras premisas normativas, para ser racionales, no pueden surgir de consensos fácticos sino que necesitan ser filosóficamente fundamentadas. Todo lo anterior nos conduce de nuevo al proceso de argumentación. No sólo los científicos argumentan para defender sus hipótesis sino que cualquier hombre debe argumentar, a la hora de resolver los conflictos intersubjetivos, si se pretende que la solución a tales conflictos sea racional. A continuación, la autora, estudia los supuestos de la *«pragmática trascendental del lenguaje»*, analizando las contribuciones de Searle y Habermas. Aquí el trabajo de Searle relativo a los «actos de habla» es reinterpretado por Apel desde una perspectiva «trascendental»; desde esta perspectiva aparecen unos elementos esenciales, a priori, e ineliminables que hacen posible la comunicación y el entendimiento mutuo. La pragmática trascendental, realiza, en este sentido, una reconstrucción de las reglas universales implícitas en los actos de habla, en tanto que trata de explicitar las condiciones de posibilidad de toda argumentación racional.

En el tercer y último capítulo, *«Ética y Política»*, se explican las razones, que no decisiones, que avalan la adhesión a un sistema político democrático, conclusión lógica de todo el planteamiento precedente.

Concluye el libro con un *Epílogo* del propio K. O. Apel: *«¿Límites de una ética discursiva?»* En él se desarrollan con detalle los problemas relativos a la «fundamentación filosófica» como visión opuesta al «decisionismo», fundamentación basada en las cuatro pretensiones de validez (verdad, veracidad, corrección y sentido) del discurso argumentativo que se presentan como irrebasables.

(F. L. R.)

en hallar la verdad, de otra, el científico es consciente de que su inteligencia es finita y, en consecuencia, lo cognoscible le desborda. ¿Cómo disolver esta paradoja?

Si el científico quiere ser fiel a su profesión tiene que asumir una actitud moral movido por el interés hacia la verdad, que es uno de los compromisos morales más importantes. Esto conlleva, a juicio de la autora, a) «una actitud de autorenuncia frente a los propios intereses y convicciones» que pueden distorsionar el camino hacia la verdad, b) «un reconocimiento del derecho de los miembros de la comunidad real de investigadores a exponer sus hallazgos y de la obligación ante ellos de justificar los propios descubrimientos»; c) «una actitud de esperanza en el consenso definitivo» garante de los consensos fácticos. El investigador en suma, «se ve obligado a olvidar todo egoísmo y aceptar las claves fundamentales del socialismo lógico: autorrenuncia, reconocimiento, compromiso moral y esperanza».

(F. L. R.)

COTTA, Sergio.

Perfil de una ontofenomenología del derecho. (Trad. de Andres Ollero).

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 25, 1985, págs. 29-35.

El autor propone una perspectiva de la filosofía del Derecho que denomina «ontofenomenología del Derecho», expresión que pone de relieve sus bases teóricas y metodológicas (referencia al problema ontológico y al método de análisis fenomenológico en la línea abierta por Husserl y Heidegger). La integración de estos dos elementos responde no a un empeño sincretista, sino a la convicción del autor de que de este modo puede darse una solución satisfactoria al problema del *fundamento* del Derecho. A partir de ahí, el autor polemiza con la teoría clásica, que fundamenta al Derecho en la naturaleza, y con las teorías jurídicas contemporáneas, que no ofrecen una justificación adecuada de algunos aspectos esenciales de la experiencia jurídica.
En relación con estas últimas, el autor, tras afirmar la naturaleza cognoscitiva de la filosofía del Derecho, toma como arquetípicas las teorías de Kelsen, Hart y Ross que, a pesar de sus diferencias (formalismo *versus* realismo) tienen en común caracteres esenciales: el principal es que se basan sobre el Derecho empírico, pero observado sólo en el nivel *fenoménico*, por lo que la realidad del Derecho resulta reducida a su apariencia, sin indagar si la apariencia no es sino la manifestación de algo distinto. La insuficiencia de estas teorías radica en que situan como característica esencial del Derecho a la *coercitividad*, que, a su vez, es la que determina la obligatoriedad de las prescripciones jurídicas; mientras que, para el autor, la coercitividad determina la obediencia y no necesariamente la obligatoriedad. Ello le lleva a concluir que, en estas teorías, el problema de la obligatoriedad del Derecho queda sin solución.
Esta insuficiencia de las consideraciones meramente fenoménicas del Derecho «empuja hacia la búsqueda del

CRUZ CRUZ, Juan.

Derecho e Historia en el pensamiento de Kant. El proyecto final de uno paz democrática.

Persona y Derecho, Pamplona, n.º 13, 1985, págs 197-261.

Este artículo analiza la tesis kantiana de que el fin de la historia consiste en alcanzar el reinado de la paz perpetua, articulando una estructura política que haga posible tal fin. El autor comienza examinando la distinción kantiana entre fines naturales y sobrenaturales; el único fin natural del hombre admitido por Kant es su realización y la realización de la sociedad a través del imperativo categórico, esto es, por obediencia a la ley que uno mismo se da. Hay que destacar igualmente la distinción kantiana entre «fe eclesiástica» (fe vivida en el culto y basada en la revelación) y «fe religiosa» o fe de la razón, sin culto y «equivalente a la moralidad». A continuación se estudia la interpretación kantiana de la filosofía de la historia de San Agustín.
La filosofía de la historia de Kant es estudiada a la luz de dos categorías contrapuestas en el pensamiento kantiano: naturaleza y libertad. En la naturaleza reina la necesidad; en las relaciones intersubjetivas domina la libertad; sin embargo, en la obra kantiana se afirma que habrá un sometimiento de la naturaleza a la libertad a través de la historia pues «no sólo están sometidos a las leyes universales de la naturaleza los fenómenos físicos, sino también las acciones humanas voluntarias. De ahí que la historia deba narrar esas manifestaciones humanas, para ofrecer la corriente regular de dirección uniforme de la especie humana». Esto significa reconocer que Kant asume un planteamiento finalista de la historia en la que Dios es la garantía de la concordancia de los fines naturales con los fines morales. Kant, al igual que la tradición que le precede, admite la existencia de un estado de naturaleza y un posterior estado civil; el tránsito de uno a otro se articula a través de un pacto que da lugar a un estado civil donde se ceden al soberano el mero ejercicio, que no la titularidad, de los derechos

DÍAZ, Elías.

La justificación de la democracia.

Sistema, Madrid, n.º 66, Mayo 1985, págs. 3-23.

Este artículo constituye una prolongación y complementación del libro *De la maldad estatal y la soberanía popular*, publicado en 1984. Dos núcleos de problemas constituyen su eje: 1) El análisis de la legitimidad democrática vista desde la perspectiva de la teoría de la justicia (la teoría de la justicia, en cuanto parte esencia) de la filosofía jurídico-política, «es una teoría crítica de los sistemas de legitimidad») en profunda conexión con esto se encuentra el problema de la justificación de la obediencia al Derecho en los sistemas democráticos, con respecto al cual el autor mantiene la misma tesis que en el libro anteriormente citado, es decir, la de que existe un fundamento ético para obedecer al Derecho, especialmente, en los sistemas políticos democráticos. 2) El otro núcleo del artículo lo constituye el análisis del proceso de acumulación capitalista que se opera en países con un sistema político democrático que, por un lado, han de hacer posible esa acumulación, y, por otro, han de legitimar el sistema político no ante una clase sino ante el conjunto de los ciudadanos. Dentro de este mismo apartado, se trata el problema de la eventual existencia de una relación necesaria entre los sistemas políticos democráticos y el modo de producción capitalista. Para el autor, esta relación no es necesaria; de esta manera rechaza, igualmente, las críticas de la izquierda, que son personalizadas en C. Offe, como las liberales y conservadoras, para las que la democracia únicamente tiene sentido, en la medida en que se refleje y proteja los valores e intereses de un determinado modelo de sociedad «definido de modo necesario y esencial por el control y/o apropiación privada de los medios de producción». Frente a estas dos alternativas, el autor se muestra partidario de utilizar coordinadamente las instituciones democráticas y los movimientos de base que, junto con

sentido del fenómeno jurídico, utilizando la lección fenomenológica de Husserl». Así, sostiene que la regla de comportamiento es el *signo* del que partir para captar el sentido de la experiencia jurídica. La regla establece una relación objetiva entre sujetos y la regla jurídica «es potencialmente universal o universalizable». De ahí es posible «reconducir el actuar humano -diversificado y contradictorio en el plano empírico- a la unidad de un único mundo (del actuar) dotado de sentido»; y el sentido del Derecho será la *coexistencia universal.* «A su vez, este sentido presupone el dato ontológico de la paridad estructural (y no meramente fenoménica) de los hombres. Esta paridad es la que da origen a la regla jurídica en su forma específica».

(J. A. R.)

naturales. Siguiendo esta misma línea argumentativa, para Kant, el Estado no es otra cosa que la plasmación de la exigencia de que las libertades sean tuteladas incondicionalmente. Poco a poco, se va esbozando en el pensamiento de Kant la idea de un Estado perfecto como meta de la historia, este esbozo aparece con mayor claridad en obras como «Idea de una historia universal desde un punto de vista cosmopolita», «¿qué es la Ilustración?» y «La paz perpetua», entre otras.

(L. A. G. P.)

otros elementos, contribuirán a sentar las bases de un socialismo democrático. Todo ello conduce a concluir al autor de la siguiente manera: «Que esta democracia y este socialismo democrático no existan hoy, o que no exista en la medida en que muchos lo desearían, en modo alguno supone prueba en contrario de su futura fáctica posibilidad y mucho menos, claro está, refutación válida de su ética racionalidad».

(F. L. R.)

DÍAZ-OTERO HERRERO, Eduardo y ALMOGUERA CARRERES, Joaquín.

Giole Solari, entre la crisis de la metodología jurídica racionalista y la génesis de la ideología social en el Derecho.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 359-392.

Este artículo constituye una aproximación a la obra de Gioele Solari dentro del pensamiento iustifilosófíco. La forma de afrontar el tema -en palabras de los autores- consiste «en tomar en consideración el núcleo de la ideología jurídica desde su nacimiento en el siglo XVIII, y de manera sistemática con el inicio de las codificaciones a partir de Napoleón, hasta el último tercio del siglo XIX, época en la que tienen lugar los primeros intentos de recomposición de las ideas filosóficas en base a los sistemas existentes, y el paso, dentro de la ciencia jurídica de una jurisprudencia conceptual a una jurisprudencia, primero pragmática, y luego abiertamente centrada en los intereses. Todo ello en el marco de la aparición, más o menos difusa, del movimiento social de los trabajadores y sus diversos intentos de entrar en relación política inmediata con el proceso capitalista de producción». Asimismo, los autores consideran que el trabajo les brinda una «oportunidad para llamar la atención sobre el uso que el jurista teórico hace de los mecanismos lógicos y conceptuales acuñados por el conocimiento científico y, por lo tanto, de las interpretaciones lógico-metodológicas (en clave política) que nos ofrecen para desentrañar el misterio propio de la teoría y de la especulación jurídica desde su genética histórico-ideológica: misterio que se manifiesta en la ambigüedad lógica que ha supuesto siempre para el conocimiento de 'lo jurídico' no poder mediar y aprehender en su significación histórico-concreta la socialidad originaria y propia de la relación de trabajo de los hombres (libres e independientes) entre sí, y en conexión con las subjetividades de la circulación y, más tarde, de la productividad, que van a ser las auténticas conceptualizaciones significadoras de la sociedad de los individuos dentro del proceso global del trabajo».

(J. A. .R.)

Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en Memoria y Homenaje al Catedrático Don Luis Legaz y Lacambra (1906-1980). T. II.

Ed. Centro de Estudios Constitucionales y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (Colección Estudios Políticos, n.º ll), Madrid, 1985, 892 págs.

Este segundo tomo contiene los siguientes artículos: L. F. Coelho, *Una teoría crítica del Derecho;* J. J. Gil Cremades, *El pensamiento jurídico en la España de la Restauración;* N. Martínez Morán, *Titularidad y ejercicio del poder en Francisco Suárez;* A. Ollero, *Hobbes y la interpretación del Derecho;* J. L. de Orella, *Marsilio de Pádua. Encuadre histórico de su aportación ideológica;* E. Pattaro, *Sul normativismo di un realista: La critica hägerströmiana del volontarismo giuridico e il concetto di dirito valido; W.* Paul, *Cambio social y transformación de la filosofía del Derecho;* A. Peczenik, *Operational Approach to the Theory of Law;* I. Peidró Pastor, *La amistad como factor de convivencia política;* A. E. Pérez Luño, *Notas sobre la filosofía jurídico-política de Juan Ginés de Sepúlveda;* A. Poch, *Nexos hispánicos de Benito Espinosa;* P. N. Popov, *Uber die würde des menschen im lichte der verfossung der volksrepublik bulgarien;* F. Puy, *Algunos tópicos actuales sobre derechos humanos;* A. M. Quintas, *Algunas reflexiones epistemológicas a propósito del análisis filosófico de la politicidad;* J. T. Raga, *Ideología, sistema económico* y *derecho natural;* M. Reale, *Situações subjetivos e direito subjetivo;* L. Recaséns, *Aplicación práctica de la estimativa jurídica a los problemas del presente;* L. Reis, *On Law and Reality;* G. Robles, *La decisión en el Derecho y la tópica jurídica;* L. Rodríguez-Arias, *Las estructuras* y *los modelos en el Derecho;* M. Rodríguez Molinero, *Sobre los métodos filosóficos y su aplicación al Derecho;* J. M. Rodríguez Paniagua, *Derecho y usos sociales. El Derecho como uso social «fuerte»;* J. Rossiñol, *Iniciación a un análisis lógico-matemático de los relaciones entre caridad y justicia;* M. Rotondi, *Considerazioni in «fatto» e in «diritto»;* H. Reyffel, *Rechtsphilosophie als Philosophie des Politischen-Fortführung un Wand lung einer Klassischen Konzeption;* A. Salemi, *Fasti e nefasti della democrazia;* A. Sánchez de la To-

FARRELL, Martín D.

Dworkin y el utilitarismo: algunas inconsistencias.

Doxa, Alicante, n.º 2, 1985, págs. 187-195.

En este comentario a la obra de Dworkin contra el utilitarismo, Farrell parte de fragmentos de varios de sus libros para poner de relieve su falta de consistencia.
Del libro de Dworkin *«Taking Rights Seriously»,* Farrell extrae lo que él llama la «Versión 1» de Dworkin sobre el utilitarismo, donde dice, adecuadamente, que para éste los deseos de un individuo son tan importantes como los de otro, habiendo de tener en cuenta tanto las preferencias personales como las externas de los individuos, (porque entre otras causas, es imposible separarlas). Farrell critica la teoría alternativa que propone Dworkin: «El concepto de un derecho político individual (...) es la respuesta a los defectos filosóficos de un utilitarismo que computa las preferencias externas y a la imposibilidad práctica de un utilitarismo que no lo hace». En ella señala dos defectos, uno apuntado por Ten (la cuestión no está en excluir las preferencias externas, sino en el contenido de las preferencias externas que se excluyen) y otro por Hart (sobre la igual consideración y respeto). Pero mientras ésta era una descripción correcta del utilitarismo, mostrando sus virtudes y defectos, en una obra posterior Dworkin da una segunda versión que es inconsistente con la primera (según esta segunda versión, el utilitarista debe distinguir entre las preferencias que deben ser tomadas en cuenta; parece, por tanto, no haber dificultad en separar las preferencias personales de las que no lo son) e inadecuada (pues se excede en la atribución de virtudes). Según Farrell, estas críticas a Dworkin pueden efectuarse a pesar de una sutil distinción que hace Dworkin entre dos distintas motivaciones básicas para optar por un punto de vista utilitarista: la idea de que el placer es bueno, lo que conduciría a la adopción del utilitarismo clásico, y la creencia en un principio

rre, *El «nomos» y sus enemigos;* J. D. Sánchez Estop, *La imaginación en el pensamiento filosófico de Baruj de Espinosa (De la pasividad al orden constitutivo);* J. A. Sardina-Páramo, *Algunos consideraciones sobre la certeza del Derecho y el ordenamiento jurídico español;* B. Scucces Muccio, *La certeza giuridica nella «Scienza della legislazione» di Gaetano Filangieri;* H. Schambeck, *Geltung und Autorität;* C. Schefold, *Die Gleichheit und Ungleichheit der Freiheit;* E. Serrano, *Libertad y Libertades;* J. T. Villarroya, *La dirección dogmática en el Derecho público;* P. Trappe, *Soziale Norm, Normalität und Wirklichkeit;* A. Truyol Serra, *Nota sobre la versión expurgada de la Política de Lipsio;* Arthur-Fridolin Utz, *Soziolethische Uberlegungen úber die Familie;* J. Vallet de Goytisolo, *Dos conferencias en memoria del prof. Elías de Tejada;* C. Varga, *Law and the Historicity of its Formal Relatedness: Historicity in Law and its Objectification and Approach as a System;* J. J. M. Van der Ven, *Permanente de la Philosophie du Droit de Saint Thomas d'Aquin;* T. Viehweg, *Antirhetorische und Rhetorische Kontrolle Rechtlicher Argumentationem;* C. de Villamor, *La contribución del pensamiento problemático a la ciencia jurídica;* M. Villey, *Questions sur l'ontologie d'Aristot et la langue du Droit Romain.*

(J. A. R.)

igualitario abstracto que conduciría a adoptar una posición utilitarista compatible con la afirmación del postulado de igual consideración y respeto.

(M. J. M. C.)

FERNÁNDEZ BUEY, Francisco.

Marxismo en España.

Sistema, Madrid, n.º 66. Mayo de 1985, págs 25-42.

El tema de este artículo es el problema de la recepción de la obra de Marx en España: ¿cómo y en qué circunstancias se produce la recepción del pensamiento marxiano en España?, concretamente, la pregunta inicial del autor es la siguiente: ¿por qué hay una escasa difusión de la obra de Marx en nuestro país en el último tercio del siglo XIX? Ni el retraso industrial español, ni la apelación a ahistóricas esencias patrias o de idiosincrasia (espontaneismo, individualismo, desconfianza ante la ciencia, etc.), suministran una información satisfactoria de este fenómeno migratorio en el último tercio del siglo XIX, la decepción de los trabajadores ante la democracia liberal, o la inconstitucionalidad de la A.I.T. los que permiten construir hipótesis aceptables sobre la atipicidad de este proceso de recepción de la obra de Marx.
El autor se preocupa, en primer lugar por la contribución de Jaime Vera a la difusión y divulgación de las ideas de Marx en el último tercio del siglo pasado; la aportación de Jaime Vera, analizada detalladamente, muestra como éste tenía una comprensión muy peculiar de la obra de Marx que, por un lado, le conducía a un economicismo mecanicista y, por otro, a combatir el papel de los científicos e intelectuales en la sociedad capitalista.
En segundo lugar, el autor estudia el problema de la recepción del marxismo en el primer tercio del siglo XX (hasta la guerra civil). Se trata de la época de la división del movimiento obrero, pero también de la de mayor volumen de traducciones de las obras de Marx y Engels en España. Valentín Hernández, Andreu Nin, Julián Besteiro, Luis Araquistain y Wenceslao Roces, junto con las revistas *Comunismo y Leviatán,* son los cauces de introducción, divulgación y debate de la obra de Marx en este período.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos.

Aproximaciones sobre el desarme y la no-violencia.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 185-194.

El desiderátum contenido en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 es el reflejo de una voluntad de los Estados miembros que, a la vista de la situación internacional actual, ha devenido falaz y desviada. Del firme propósito de aunar los esfuerzos para realizar la paz que se contenía en aquel texto, se ha pasado a la primacía de los intereses nacionales sobre los generales ya un despilfarro económico en armamento irreconciliable en absoluto con los principios de la Carta.
Señala el autor que la acumulación de armas, y en particular armas nucleares, constituye una amenaza -que no una protección- para la humanidad. El desarme se ha convertido en un objetivo obligado para la Comunidad de Estados, pero la consecución de la paz necesita ademas, de la potenciación de la solidaridad internacional y del arbitraje de unos medios que frenen las injusticias actuales, para todo lo cual se propone la vía de la celebración -bajo una verdadera voluntad negociadora- de acuerdos internacionales sustantivos.
Por otro lado, la tarea de construcción de la paz cuenta como factor esencial, en el plano individual, con la defensa de los derechos humanos (como proclama el principio VII del Acta Final de Helsinki). Es aquí donde afluye el derecho a la objeción de conciencia «en cuanto a concienciación de la persona humana que rechaza el uso de la violencia en la resolución de las controversias no sólo nacionales, sino también internacionales». Con conocimiento del verdadero significado de los derechos fundamentales del individuo, han sido las Organizaciones Internacionales (Naciones Unidas y Consejo de Europa) las primeras en proclamar este derecho a través de textos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de los Dere-

---

GALINDO AYUDA, Fernando.

Democracia, razón y derecho.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 317-336.

Hablar con «propiedad» sobre derecho positivo, es una actividad cada vez más difícil. Para ello se precisa poseer innumerables conocimientos, no sólo sobre la materia regulada, sino, especialmente, sobre el propio «concepto» de derecho, además de sobre las «características» de su «actuación». No hay duda de que ello está ligado a las que se han considerado son las notas típicas de la sociedad y el Estado de los países «occidentales» en la actualidad: a todas ellas se les comprende cuando se las quiere conocer, usualmente, tras el término complejidad. Con esto se limita la puesta en práctica de varios mandatos constitucionales. Muy en especial el principio de la participación de los ciudadanos en los «asuntos públicos». También, por ejemplo, el del «igual acceso a la administración de justicia». En relación a todos ellos, el más general de la igualdad ante la ley. En definitiva, se infringe la exigencia de llevar a efecto el término «democracia», entendiendo a éste en su más amplio significado. Nadie pone en duda que la dificultad de llevar a cabo estos ideales tiene que ver con el hecho de que el derecho positivo ha de ser complejo, si a su través se quiere regular a nuestra sociedad. Sólo que el problema es el trato suministrado a las «leyes» por quienes tienen la obligación de sistematizarlas: aquéllos que reflexionan por «profesión» sobre el derecho. Lo cual, obviamente, significa entorpecer la vinculación democracia-razón-derecho que está colocada, como antes indicábamos, aunque sea tácitamente, en el frontispicio de los sistemas jurídicos occidentales desde que las revoluciones liberales alcanzaron reconocimiento jurídico.
De cómo las actitudes «reflexivas» ante el derecho incrementan el alejamiento del derecho positivo de los ciudadanos, se da cuenta en el artículo, al exponer quiénes se aproximan al derecho y cuál es su «modo» (método) de acercamiento, al mismo tiempo que se contesta a lo siguiente. Sin dejar de dar soluciones jurídicas adecuadas

---

Con posterioridad a la guerra civil, y teniendo en cuenta el contexto político de esos momentos, el autor dedica especial atención a la obra y personalidad de Manuel Sacristán, examinando su contribución a la recepción no sólo del marxismo a secas, sino también de las distintas «escuelas» marxistas y su aportación a materias tan importanta como la lógica, la teoría de la ciencia o la crítica filosófica.
Concluye el articulo con unas breves reflexiones sobre la reciente historia del marxismo en España, condicionada por la coyuntura política originada después de 1977.

(F. L. R.)

chos Humanos, la Convención Europea para la protección de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales y la Resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa.
En el marco del continente europeo, cuatro son los Estados que reconocen constitucionalmente el derecho a la objeción de conciencia, a saber: Alemania, Holanda, Portugal y España, desarrollándolo posteriormente por vía de ley. En lo que respecta a este último país, este derecho comienza a ser declarado con un decreto del año 1976, que admite la negativa a prestar el servicio militar cuando la objeción esté basada en motivos de carácter religioso, y sólo en ese caso. Hasta esa fecha el Código de Justicia militar la tipificaba como delito.
El Proyecto de Ley reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social substitutoria (hoy Ley en vigor) «puede considerarse positivo en la medida en que es la primera vez que en España se regula este derecho. Sin embargo, ello no obsta para que critiquemos el carácter restrictivo con que se ha hecho y que lo configura como una concesión que tiene que ser reconocida por el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia» (los motivos por los cuales-un ciudadano español sujeto a obligaciones militares puede ser reconocido como objetor de conciencia son: los de conciencia en razón de una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otros de la misma naturaleza) «en perjuicio de los ciudadanos que se declaran objetores, y limitando de hecho su ejercicio» (frente a la prestación del servicio militar), «cosa que no ocurre con los demás derechos fundamentales recogidos en la Constitución».

(A. D. P.)

a la realidad social, ¿es posible ofrecer una «teoría» del derecho a través de la cual se pueda aprobar, por los órganos y las personas que lo «crean», un derecho positivo «accesible» a la mayor parte de los ciudadanos?
Para responder a tales problemas se ofrece una panorámica («aproximativa») de las características más generales de los hábitos actuales de conocer el derecho («aproximaciones»). Tras lo cual, por tanto, se produce un acercamiento efectivo al estudio de las posibilidades existentes para dar satisfacción a los mandatos constitucionales y a la vinculación «democracia-razón-derecho».
En concreto se pone de manifiesto, primeramente, cuál es el modo «normal» de «aproximarse» al derecho por aquéllos de los que depende en la práctica la «confección» del derecho positivo: los juristas. En segundo lugar, se estudia el modo de acercarse al mismo por quienes están considerados desde hace varios años «autoridades» a la hora de proponer «teorías del derecho». En tercer lugar, es objeto de consideración la «aproximación» efectuada por las denominadas «teorías de la justificación del derecho», concluyendose con la reseña «alternativa» de las líneas generales de un acercamiento que tenga en cuenta la conexión de los términos que titulan al estudio.

GALINDO AYUDA, Fernando.

La informática y sus consecuencias.

I Jornadas nacionales sobre informática en la enseñanza, Barbastro, 1985, págs. 25-31.

La escasa difusión social de las características y consecuencias de las tecnologías de la información y la comunicación hace preciso proponer, a todos aquellos que se ocupan en estos momentos de enseñar informática o sus aplicaciones, una expansión que manifieste la conciencia de todas estas consecuencias, en lugar de efectuar, como habitualmente se hace, una propagación meramente tecnocrática de las mismas.
En virtud de todo ello se expone en el artículo, en primer lugar, cuales son algunas de las características de los ordenadores en la actualidad, mostrando cómo estas máquinas substituyen el trabajo intelectual, mientras la industrialización primera sustituyó, a través de las máquinas, el trabajo manual. Lo que es mucho más importante en la actualidad si pensamos en que la denominada «inteligencia artificial» y los «sistemas expertos» comienzan a sustituir, en algunos aspectos, la dirección del trabajo intelectual y el manual, lo que anuncia para el futuro delicadas consecuencias.
Estas consecuencias se concretan, por ejemplo, en el hecho de que estas tecnologías elevan ingentemente la productividad. Por lo mismo en que crean paro, aunque éste sea coyuntural. También en que hacen precisa una reorganización de los hábitos humanos de trabajo al exigir que el trabajo del hombre y la máquina se complementen, lo que apenas ha sucedido de hecho en los países industrializados. Ahora bien, muy en especial, estas tecnologías tienen consecuencias políticas: es cierto que información es poder, y estas tecnologías han concentrado profusamente el poder en quienes lo tienen económica y políticamente a nivel «transnacional».
En virtud de todo ello, en el artículo se hace una propuesta de actuación para con estas tecnologías con respecto a los temas siguientes: protección de la intimidad personal, en el sentido de exigir del Estado y del derecho que

GALINDO AYUDA, Fernando.

¿Qué enseñanza del derecho?

La enseñanza del Derecho, Zaragoza, 1985, págs. 43-64.

En un momento como el presente, en el que, por mandato legal, pronto ha de producirse un cambio en la enseñanza del derecho, se hace necesario construir opiniones en torno al plan de estudios a implantar, o a qué tipo de enseñanza requieren las circunstancias sociales y políticas por las que pasa nuestro país. Derecho a opinar sobre este tema, como sobre todos los temas, lo tienen todos los ciudadanos, superada ya la vieja idea de que la enseñanza universitaria es una parcela de exclusiva competencia de la comunidad de profesores y estudiantes, una vez está aceptado que la Universidad es parte integrante del sistema social en su conjunto. Pese a todo, han de tener gran peso en la discusión al respecto, las opiniones de quienes participan, o han participado, directamente en la enseñanza del derecho: profesionales, estudiantes y profesores. Esto es así porque, al menos, estas opiniones sirven para introducir el tema: cuál es la «realidad» de la enseñanza del derecho. Lo que no es poco, una vez que éste es, inevitablemente, uno de los puntos de referencia de la discusión sobre la reforma necesaria en la enseñanza del derecho. Y lo es porque, a través de esta opinión, se pone de manifiesto tanto la situación de la «docencia» del derecho como el lugar que les corresponde a los técnicos en la discusión, lo que también es importante.
En este artículo se da cuenta, ejemplarmente, de las opiniones de los profesionales del derecho, de los estudiantes de las Facultades y de los profesores, sobre la enseñanza del derecho. En base a unas encuestas, que se mueven siempre en el entorno de la Facultad de Derecho de Zaragoza, se explica la posición de algunos integrantes de los grupos sociales citados sobre dos cuestiones fundamentales: la enseñanza del derecho que actualmente

GALINDO AYUDA, Fernando.

Un modelo de enseñanza de la informática jurídica para profesionales del derecho.

Actas. I Congreso Iberoamericano de informática jurídica, Madrid, 1985, págs. 99-111.

Los profesionales del derecho en general no tienen por qué conocer informática. Su obligación de aprendizaje, resumidamente, termina con el conocimiento de las leyes y de los diversos métodos existentes para producir una aplicación justa de las mismas. Esto es de consideración aun en el caso de que los juristas o los profesionales del derecho estén dispuestos a utilizar los ordenadores en su trabajo diario. Lo cierto es que cada día en mayor medida los ordenadores, y las restantes tecnologías de la comunicación y la información, están más próximos a sus hábitos de trabajo por varias razones, pudiendo utilizarse sin requerir conocimientos especiales. De otra forma hay que considerar al grupo de juristas que, junto con informaticos, lógicos, documentalistas y lingüistas, ha de preparar soluciones informáticas adecuadas a las necesidades profesionales de los juristas. También a aquéllos que tengan por obligación proponer leyes o normas que regulen las consecuencias sociales, económicas y políticas de la introducción de los ordenadores en la vida social diaria. A estos juristas es preciso enseñar informática, pero ¿hasta que punto?
Una primera respuesta ha de ser negativa: de ninguna manera hasta el punto en el que se llega, por lo general, en los manuales de informática jurídica que se han publicado en los países occidentales desde finales de los años sesenta hasta la actualidad. Estos manuales quedan afectados por el «espíritu» o «ideario» docente en el que se ha enseñado en las Facultades de Derecho españolas hasta hoy prácticamente. Como se sabe ésta es una enseñanza erudita, liberal, que pretende mostrar todos los conocimientos existentes en una determinada materia. Segundo, además de que esta enseñanza no es acorde con el tipo de sociedad en que nos encontramos,

garanticen el ámbito de comportamientos políticos, sociales e individuales que son necesarios para la vida del ciudadano en una democracia que funcione; compensación de la falta de satisfacción o realización en el trabajo que tiene lugar junto a los ordenadores; está en poder del Estado y la economía. Todo lo cual se resume en la propuesta de una política, para quienes se encargan de divulgar estas tecnologías, centrada en propugnar el protagonismo participativo de todos los interesados, individuos, sindicatos, grupos sociales, organizaciones de todo tipo, ciudadanos, partidos políticos, etc.

se imparte en las Facultades españolas (en su mayoría), y la enseñanza del derecho deseable. Con ello queda de relieve la respuesta de los «peritos» o «expertos» en derecho a la pregunta que encabeza al artículo y, por lo mismo, el papel que les corresponde interpretar en la futura reforma.

Aquí se refleja, en concreto, las opiniones de varios integrantes de los grupos sociales citados, justamente aquéllos que tienen en común el hecho de vivir y trabajar, estudiar, ensenar o investigar sobre derecho en Zaragoza entre los años 1979 y 1983, período en el que fueron realizadas las encuestas que reclamaron esas opiniones.

La conclusión fundamental a deducir de estas respuestas depende del hecho de que unos y otros no ofrecen proposiciones con las que satisfacer la pregunta que titula a este trabajo. Los «peritos» manifiestan, eso sí, la necesidad de cambio de la enseñanza del derecho vigente en nuestra Universidad, pero en ningún caso formulan alternativas precisas. De ahí puede concluirse que la enseñanza del derecho precisa para nuestra sociedad es, predominantemente, aquella que se funda en la «imagen» del jurista que nuestra sociedad actual y la del próximo futuro reclaman. Es precisa a tales efectos la opinión que los diversos grupos sociales, así como los estudios técnicos (hechos por técnicos que no sean tan sólo juristas) realizados al efecto, sostengan, una vez no es suficiente la opinión de los juristas.

es, a todas luces, inapropiada para un área de conocimiento como la que aquí consideramos por razones centradas en el mismo curriculum del jurista: éste no está preparado para adquirir conocimientos informáticos suficientes como para conocer a fondo las aplicaciones habidas en el terreno del derecho. Por ello, resumidamente, cabe decir que hay que enseñar informática a los profesionales del derecho que estén interesados en construir aplicaciones o proponer leyes o normas que regulen las tecnologías de la información y la comunicación, hasta el punto de que los juristas estén capacitados para saber exponer ante informaticos lógicos documentalistas y lingüistas las necesidades sociales en el terreno del derecho a las que en mayor medida, aplicando los principios en los que se inspira el Estado de Derecho, puede atender la informática en el terreno del conocimiento y la aplicación del derecho.

En este sentido es preciso enseñar cuáles son las principales características de los ordenadores en el momento actual así como los rasgos principales de algunas de las aplicaciones más conocidas habidas hasta el momento en este campo o el derecho vigente sobre la materia. A estos efectos se propone en el artículo un modelo de enseñanza de la informática para los juristas que arranca de las consideraciones sobre cual ha de ser la formación y práctica profesional de los juristas en un Estado democrático, las características de los ordenadores actuales y las que se prevén de los ordenadores en el inmediato futuro y los problemas que encuentran las actuales aplicaciones de la informática al derecho.

garanticen el ámbito de comportamientos políticos, sociales e individuales que son necesarios para la vida del ciudadano en una democracia que funcione; compensación de la falta de satisfacción o realización en el trabajo que tiene lugar junto a los ordenadores; está en poder del Estado y la economía. Todo lo cual se resume en la propuesta de una política, para quienes se encargan de divulgar estas tecnologías, centrada en propugnar el protagonismo participativo de todos los interesados, individuos, sindicatos, grupos sociales, organizaciones de todo tipo, ciudadanos, partidos políticos, etc.

se imparte en las Facultades españolas (en su mayoría), y la enseñanza del derecho deseable. Con ello queda de relieve la respuesta de los «peritos» o «expertos» en derecho a la pregunta que encabeza al artículo y, por lo mismo, el papel que les corresponde interpretar en la futura reforma.

Aquí se refleja, en concreto, las opiniones de varios integrantes de los grupos sociales citados, justamente aquéllos que tienen en común el hecho de vivir y trabajar, estudiar, enseñar o investigar sobre derecho en Zaragoza entre los años 1979 y 1983, período en el que fueron realizadas las encuestas que reclamaron esas opiniones.

La conclusión fundamental a deducir de estas respuestas depende del hecho de que unos y otros no ofrecen proposiciones con las que satisfacer la pregunta que titula a este trabajo. Los «peritos» manifiestan, eso sí, la necesidad de cambio de la enseñanza del derecho vigente en nuestra Universidad, pero en ningún caso formulan alternativas precisas. De ahí puede concluirse que la enseñanza del derecho precisa para nuestra sociedad es, predominantemente, aquélla que se funda en la «imagen» del jurista que nuestra sociedad actual y la del próximo futuro reclaman. Es precisa a tales efectos la opinión que los diversos grupos sociales, así como los estudios técnicos (hechos por técnicos que no sean tan sólo juristas) realizados al efecto, sostengan, una vez no es suficiente la opinión de los juristas.

es, a todas luces, inapropiada para un área de conocimiento como la que aquí consideramos por razones centradas en el mismo curriculum del jurista: éste no está preparado para adquirir conocimientos informáticos suficientes como para conocer a fondo las aplicaciones habidas en el terreno del derecho. Por ello, resumidamente, cabe decir que hay que ensenar informatica a los profesionales del derecho que estén interesados en construir aplicaciones o proponer leyes o normas que regulen las tecnologías de la información y la comunicación, hasta el punto de que los juristas estén capacitados para saber exponer ante informaticos lógicos documentalistas y lingüistas las necesidades sociales en el terreno del derecho a las que en mayor medida, aplicando los principios en los que se inspira el Estado de Derecho, puede atender la informática en el terreno del conocimiento y la aplicación del derecho.

En este sentido es preciso enseñar cuáles son las principales características de los ordenadores en el momento actual así como los rasgos principales de algunas de las aplicaciones más conocidas habidas hasta el momento en este campo o el derecho vigente sobre la materia. A estos efectos se propone en el artículo un modelo de enseñanza de la informática para los juristas que arranca de las consideraciones sobre cual ha de ser la formación y práctica profesional de los juristas en un Estado democrático, las características de los ordenadores actuales y las que se prevén de los ordenadores en el inmediato futuro y los problemas que encuentran las actuales aplicaciones de la informática al derecho.

tuar comunicativo), plural (el Derecho, concebido discursivamente, estaría constituido como pluralidad de discursos diversos: del legislador, de los jueces, de los teóricos...) y pragmático (recibe el Derecho de su razón de ser de la praxis y en la praxis). Esta visión del Derecho nos lleva a insertarlo en el ámbito de la razón práctica y a la consiguiente necesidad de delimitar las condiciones practicas de posibilidad del discurso jurídico racional.

El artículo termina con unas conclusiones finales en las que emite una valoración de conjunto del «*Defensor Pacis*» y de sus repercusiones.

(F. L. R.)

El capítulo cuarto trata el tema de la *Ontología* como descripción de los distintos espacios ontológicos que se dan en la realidad, poniendo de relieve las diferencias entre el enfoque ontológico y el científico. Esto supuesto, la Ontología jurídica tratará fundamentalmente de «situar al Derecho en la correspondiente región de la realidad» (p. 126), mediante la atribución al Derecho de una serie de propiedades esenciales que constituirán su connotación. La distinción entre Derecho, Moral y usos sociales es una de las tareas que ocupa al autor en este capítulo. Tal distinción supone una reflexión sobre la libertad humana y sus sentidos.
Finalmente, el capítulo quinto, bajo el rótulo *Concepto y método del conocimiento del Derecho natural*, estudia las distintas versiones del positivismo jurídico (filosófico, historicista, sociológico, legalista y metodológico) y las principales tendencias del pensamiento iusnaturalista (teoría universalista del Derecho natural, concepción histórico relativista, iusnaturalismo universalista relativista). Sigue un análisis de las éticas contemporáneas y sus influencias en el Derecho natural. Por último, se ofrecen al lector, una serie de consideraciones críticas sobre el Derecho natural. Al final de la obra, aparece un gran apartado bibliográfico que importa destacar.

(F. L. R.)

GARZÓN VALDÉS, Ernesto (Compilador).

Derecho y filosófico.

Ed. Alfa, Barcelona, 1985, 218 págs.

El presente volumen recoge trabajos de siete filósofos del Derecho de Alemania Federal (Robert Alexy, *La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica;* Werner Becker, *Los significados opuestos del concepto de consenso;* Ralf Dreier, *Derecho y Moral;* Norbert Hoerster, *Ética jurídica sin metafísica;* Hartmut Kliemt, *Acerca de la coherencia de un liberalismo individualista estricto;* Werner Krawietz, *Derecho y racionalidad en la moderna teoría del derecho;* y Lothar Kuhlen, *Violaciones de normas en el derecho y la moral)* y ofrece una panorámica de lo que ha supuesto la renovación de la filosofía y la teoría del Derecho a partir de los años setenta en ese país.
Es de destacar el trabajo introductorio de Ernesto Garzón Valdés, que permite al lector de habla castellana contextualizar los ensayos incluidos en el libro y aprehender lo que han sido las líneas generales por las que ha discurrido la literatura iusfilosófica de Alemania occidental después de 1945. Su análisis parte de la constatación de la esterilidad de la polémica en torno a la responsabilidad del positivismo jurídico durante el período de dominación del nacional-socialismo. Esterilidad derivada de un diagnóstico equivocado: «La explicación de la arbitrariedad legal durante la época nacional-socialista a través de la actitud juspositivista de los juristas es histórica y conceptualmente falsa. Por el contrario, la vigencia de un jusnaturalismo cargado de una buena dosis de irracionalismo en conjunción con un decisioninno, que veía en el Fhürer al 'único legislador' de quien dependía en última instancia la validez de las normas, se presenta cada vez más claramente como el candidato adecuado para explicar lo sucedido en el campo del derecho entre 1933 y 1945 en Alemania» (pág. 7). Junto a ello hay que destacar las consecuencias negativas que para la filosofía de Derecho de las décadas siguientes

GIL CREMADES, Juan José.

Filosofía del Derecho en España (1960-1985).

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 25, 1985, págs. 225-245.

El autor intenta trazar una panorámica de los últimos veinticinco años de Filosofía del Derecho en España. Para ello, tras fracasar «en la busca de referencias aprovechables en esta engorrosa crónica» y «con las manos vacías, después de haber llamado a una y otra puerta», se detiene fundamentalmente en los dos siguientes puntos: a) «la variación de elementos estructurales, de parámetros que hoy sirvan para entender un poco nuestra situación comentando los cambios institucionales y las repercusiones que ellos han conllevado; y b) «la variación de temas y objetos de investigación» «procurando atisbar las razones de tales preferencias y de tales olvidos».
En relación con el primero de estos puntos, el autor principalmente comenta los influjos que sobre la asignatura han tenido en este período las distintas situaciones de poder político (con sus correlativas consecuencias institucionales) y de poder académico (con sus correlativas consecuencias de otro tipo), así como la transformación social vivida en España que, entre otros efectos, supuso para la Universidad masificación estudiantil y reclutamiento de un profesorado emergente, lo que transformó radicalmente las reglas del juego del poder académico.
En relación con el segundo de los puntos, los temas tratados en los últimos veinticinco años de Filosofía del Derecho en España, el autor lejos de esquematizar o sistematizar la obra publicada «por unos y otros colegas» se limita a señalar algunos rasgos. Así, alude a «los manuales», «las traducciones», «los derechos humanos» y «las ausencias».

(J. A. R.)

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe.

De Kant a Marx (Estudios de historia de las Ideas).

Fernando Torres Editor, Valencia, 1984, 238 págs.

El autor reúne en este libro una serie de trabajos aparecidos -con una sola excepción- con posterioridad a 1979, fecha en que la Universidad de La Laguna editó, bajo el título de *Estudiar de filosofía del Derecho,* la mayor parte de los trabajos publicados hasta entonces por González Vicén. Los que integran esta nueva recopilación son los siguientes: *La filosofía del Estado en Kant* (Lección inaugural del curso académico de la Universidad de La Laguna, 1947-48); *La escuela histórica del Derecho* («Anales de la Cátedra F. Suárez» n.º 18-19, 1978-79); *Filosofía y revolución en los primeros escritos de Marx* («Sistema», n.º 40, enero de 1981); *La crítica de Marx o la escuela histórica* («Sistema», n.º 43-44, septiembre de 1981); *Del Derecho natural al positivismo jurídico* («Anales de la Universidad de La Laguna», Facultad de Derecho, t.IX, 1981-82).
Como se ve, se trata de trabajos centrados en problemas muy diversos, pero todos ellos tienen como tema general el estudio de la época que va desde finales del siglo XVIII a mediados del siglo XIX, es decir, «de Kant a Marx», una época decisiva para la constitución de las ideas y de las realidades sociales que forman la esencia de nuestro mundo contemporáneo. Para decirlo con las propias palabras del autor, estos trabajos «tratan de poner en claro un punto concreto en la historia de las ideas» y su «único denominador común es de naturaleza metódica, a saber, aquella premisa de todo el historicismo europeo que ya formulaba Savigny en sus lecciones universitarias de juventud: entender el objeto desde sí mismo, no desde puntos de vista abstractos, sino desde el horizonte en el que el objeto se hace real y cobra sentido».

(M. A.)

tuvo la interrupción, que supuso el nacional-socialismo, de la mejor tradición científica alemana, caracterizada fundamentalmente por el rigor metódico y la honestidad intelectual. Sin embargo, como explica Garzón Valdés la década de los cincuenta no se agota en la corriente de la «naturaleza de la cosa» ni en los intentos de ir «más allá del positivismo y del derecho natural», destacando tres excepciones: Ulrich Klug, Theodor Viehweg y Karl Engisch. Asimismo, la falsa superación del positivismo jurídico a la que antes he aludido tuvo como consecuencia un empobrecimiento de la filosofía del Derecho alemana en la década de los sesenta al generar un injustificado desinterés por las corrientes de la filosofía analítica y del realismo escandinavo. Son notorias ausencias tales como las de Hart, Ross o Bobbio.

Es en este contexto en el que debe situarse la renovación de la filosofía del Derecho alemana iniciada en los años sesenta, pudiéndose probablemente situar el punto de inflexión en 1970 con la aparición de la revista *Rechtstheorie*, donde «no deja de ser significativo el hecho de que entre sus editores figuraran, junto con Engisch y Klug, Hart, Kelsen y Popper». A partir de aquí cabe destacar dos procesos intelectuales que tendrán gran relevancia: por una parte, el esfuerzo por distanciar la «teoría del Derecho» de las versiones clásicas de la «filosofía jurídica entendida como doctrina del Derecho natural», y por otra parte, la llamada «rehabilitación racional de la filosofía práctica». Así, pues, los autores incluidos en este volumen ilustran los nuevos desarrollos de la teoría y la filosofía del Derecho alemanas.

Por último, tal vez merezca la pena llamar la atención sobre el hecho de que puede resultar útil para la lectura de este volumen tener en cuenta las respuestas de los autores del mismo a la encuesta sobre «problemas abiertos en la filosofía del Derecho» publicada en el n.º 1 de DOXA.

(J. A. R.)

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe.

La obediencia al Derecho. Una anticrítica.

Sistema, Madrid, n.º 65, marzo 1985, págs. 101-105.

El artículo constituye una respuesta a la polémica planteada por Elías Díaz en el libro *De la maldad estatal y la soberanía popular* a propósito del trabajo de González Vicen *La obediencia al Derecho.* El autor parte de la idea de que en gran medida «la polémica descansa en una interpretación equivocada y en un malentendido» de las tesis que él sostiene. La conclusión a que llegaba González Vicén en ese trabajo era doble: a) mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, b) si hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia. En este sentido, según el autor, Elías Díaz combate denodadamente la primera conclusión y, aunque con muchas limitaciones, hace suya la segunda.
En relación con la primera, para el autor, la cuestión radica en que Elías Díaz tiene una concepción idealista del Derecho (Derecho es «una opción entre diversas perspectivas éticas..., expresión auténtica de diferentes conciencias individuales», un intento de aunar criterios éticos individuales expresados socialmente como soberanía popular y regla de las mayoría») que para aquél es «pura especulación a la que no corresponde realidad alguna» («Derecho es un orden coactivo de naturaleza histórica en el que se refleja el enfrentamiento de intereses muy concretos y el predominio de unos sobre otros... Un instrumento, empero, y aquí radica su contradicción de principio, que pretende revestir validez y obligatoriedad, no sólo para la clase cuyos intereses representa, sino para toda la sociedad»). Así, González Vicén argumenta que «si gozamos de las ventajas de una sociedad organizada, debemos cumplir sus exigencias, si el cumplimiento de las normas jurídicas por parte de los demás me hace posible el disfrute de ciertos derechos, es un imperativo del *fair play* que yo también cumpla las normas que hace posible el disfrute de sus derechos a los demás. Al Derecho hay que obedecerlo por éstas y otras

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe.

Sobre el neokantismo lógico-jurídico.

Doxa, Alicante, n.º 2, 1985, págs. 27-54.

En este artículo González Vicén trata de «comprender» el neokantismo (corriente filosófica de nuestro inmediato pasado) con el fin de desentrañar su significado para nuestro presente histórico. Para ello, parte de la negación del tópico de que el neokantismo significa algo así como una restauración filosófica en una época que había perdido el hábito de filosofar, pues este discurre en gran medida paralelamente a otra tradición filosófica, la del positivismo, que ve en las sensaciones el dato primario de nuestra conciencia y en su asociación bajo la forma de conceptos el objeto último de la ciencia. El neokantismo, nos dirá el autor, «no trata de refutar esta dirección, de mostrar la falsedad de sus resultados, sino que pretende poner de manifiesto que el método por el que llega a tales resultados no puede nunca fundamentar de modo absoluto su verdad. Lo que se propone es reflexionar sobre aquello que el positivismo tiene como algo dado sin más, es decir, el proceso mismo del conocimiento». En esto radica la profunda analogía entre Kant y el neokantismo. Por tanto, lo que se halla en el fondo de éste no es simplemente «una masa de opinión centrada en el retorno a Kant», esto es, al Kant histórico, sino la construcción de una nueva filosofía partiendo de una parte muy determinada de la teoría kantiana, la teoría del conocimiento.
A continuación González Vicén se detiene en el estudio de los amores neokantianos más importantes en relación con la ciencia jurídica. Así, se refiere a H. Cohen y su intento de salvar la contradicción kantiana consistente en abandonar en la parte práctica de su filosofía la idea, que había seguido en su parte teórica, de que «toda filosofía está referida al factum de una ciencia». Este intento se concreta en la busca de una «matemática» para

GIJISÁN, Esperanza.

Justicia como felicidad.

Sistema, Madrid, n.º 64, enero 1985, págs. 63-82.

La autora, en este artículo, se propone defender una tesis -«un tanto atrevida»- en torno a la justicia, que se concreta en los siguientes puntos:
1 .-«La justicia ha de entenderse no como *fairness*, únicamente, como ha sido sugerido por Rawls, sino, principalmente, como instrumento conducente a la *happiness*... Sería simplificar las cosas en exceso, sin embargo, proclamar ahora la vuelta a un utilitarismo *naive*, sin matizaciones. La tesis o propuesta que aquí se defiende tiene sus raíces tanto en Bentham como en Platón, en Mill como en Kant, en Hare como en Habermas».
«Dicho sumariamente... La justicia no es sino el instrumento que potencia la felicidad general, o el diálogo entre seres racionales a fin de que los intereses generalizables sean atendidos».
2.- «Sin embargo, se mantiene al mismo tiempo, siguiendo igualmente a Platón y a Mill, que la 'felicidad' tiene como componente importante el sentido de justicia. O, lo que es igual, no cualquier estado de 'contento' o 'conformidad' por parte de los seres humanos es lo que cuenta. Es decir, se mantiene, con cautela por supuesto, que la felicidad no es simplemente un estado subjetivo... En la concepción que propongo de *Justice as Hapiness, 'Hapiness'* hace referencia a aquélla conseguida por los individuos más desarrollados para quienes se hace preciso tanto la auto-estima generada en el *mono-diálogo*, como el compartir intereses generalizables con los demás, como producto del *diálogo* ».
3.- «La justicia, o es un término abstracto absolutamente carente de significado, o no es sino la constatación de un *desideratum* humano. En otras palabras, las distintas teorías de la Justicia no son sino distintos modelos

razones, pero lo que ninguna de ellas nos dice es que haya un fundamento ético para la obediencia... La obligación ética no puede nunca basarse en la heteronomía de razones o motivos de índole práctica, sino sólo en los imperativos de la conciencia individual».
En relación con la segunda conclusión, la discrepancia radica en que Elías Díaz parece encontrar en la libertad «el único valor cuya vulneración justifica la decisión ética de la desobediencia», mientras que González Vicén afirma que los valores cuya vulneración justifica la desobediencia los determina la conciencia individual sin someterse a una pauta previa. Por otro lado, González Vicén sostiene que la desobediencia ética al Derecho es una actitud personal y no una posición política: «Aquí radica la diferencia entre la desobediencia ética al Derecho y otras formas de desobediencia... La desobediencia civil representa un intento individual o colectivo de forzar la derogación de unas leyes o un cambio en la política del gobierno por medio de presiones externas, como la interrupción del tráfico, la negativa al pago de los impuestos... Nada de eso se da en la desobediencia ética al Derecho, la cual no pretende nada en concreto, es un acto *d'absolue gratuité*... No hay lugar, por eso, para decir que 'en ciertos países y en ciertas historias' la desobediencia es siempre 'golpista-reaccionaria'; la desobediencia ética no es ni progresista ni reaccionaria, sino que por su propia naturaleza se encuentra más allá de esta disyuntiva».

(J. A. R.)

las ciencias del espíritu en la que se contengan los supuestos puros de éstas. Cohen la hallará en la ciencia del Derecho. En segundo lugar, el autor estudia a R. Stammler, que partirá de la idea de que la «aspiración fundamental del entendimiento humano es llegar a un conocimiento revestido de validez general; no a lo transitorio y particular» Y de que esta aspiración en el campo de la reflexión jurídica se halla reflejada en la «teoría pura del Derecho», cuyo cometido es «la formulación de lo que puede afirmarse con validez general en cuestiones Jurídicas». Por último, en tercer lugar, el autor estudia extensamente a Kelsen, deteniéndose en su concepción de la realidad y en los elementos fundamentales de su «Teoría pura del Derecho».
Finalmente, González Vicén realiza una valoración de esta corriente de pensamiento, y concluye que «la idea del Derecho que se halla en la base del neokantismo significa la acumulación del proceso de positivación y formalización jurídicas al que asistimos desde mediados del siglo último... Es decir, que al contrario de lo que viene repitiendose un poco a la ligera, el neokantismo no crea una noción del Derecho sino que la encuentra conclusa y trata de instrumentarla conceptualmente. Esta noción es la del positivismo jurídico... Una noción vinculada a la existencia histórica de una clase social muy determinada es convertida en paradigma y modelo de toda reflexión filosófica... Llegados a este punto, podemos ver con claridad «las razones de su fracaso: de un lado, el intento vano de reducir a puras formas conceptuales la esencia de un fenómeno de naturaleza histórica, como es el Derecho; y, de otro, «haber tratado de hacerlo sin acertar a salir de la accidentalidad de una concepción jurídica determinada por la constelación social de su tiempo y por la estructura de su clase dominante».

(J. A. R.)

de cómo conseguir sociedades con individuos felices. O, lo que es igual, las propuestas relativas a qué ha de constituir la justicia no son sino propuestas, a la postre, de lo que constituirá una sociedad 'bien ordenada', armónica, ajustada, en suma 'feliz'».

(J. A. R.)

HABERMAS, Jürgen.

Derecho y violencia. (Trad. de Juan Jose Gil Cremades).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 19-35.

A mediados, de octubre de 1983 el movimiento pacifista de la República Federal Alemana organiza la «Semana» con el objetivo de impedir la instalación de misiles en su país. Se trata de una protesta masiva que incluye violaciones de normas -«solamente con el propósito de apelar a la razón y sentido común de una mayorías- y que trata de ser justificada como desobediencia civil, concepto definido por John Rawls como «una acción pública, pacífica, consciente, pero ilegal, que normalmente debe conllevar una modificación de las leyes o de la política gubernamental».
La desobediencia civil supone una protesta por medio del quebrantamiento calculado de las normas, apelando directamente a los principios fundamentales que legitiman la Constitución, en el marco de un Estado de Derecho reconocido como legítimo. Pero en el caso de la R.F.A. tanto instancias de poder tales como el Presidente, el Gobierno o el Tribunal Constitucional como la mayoría de los juristas consideran estos actos como violencias o coacciones contrarias no sólo a la ley penal, sino también a la misma Constitución, además de moralmente reprobables. Martin Kriele es representante de estas ideas y, recogiendo opiniones de otros juristas, afirma que la oposición al rearme es la manifestación de la lucha por el poder de una «élite» (o «contra-élite») formada por intelectuales, periodistas de izquierda, estudiantes, artistas, profesores ... que intentan imponerse sobre los representantes, elegidos y nombrados, del Estado, a través de su influencia en la sociedad. Se habla, en este sentido, incluso de guerra civil.
Para Habermas esta «teoría de la conjura» es poco menos que absurda, pero reveladora de lo que puede llamarse el «trauma alemán» (sospechas, recelos, obsesiones... surgidas del efecto en la conciencia del país de «la tran-

HASSEMER, Winfried.

Hermenéutica y Derecho.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 25, 1985, págs. 63-85.

Este trabajo se estructura en cinco partes diferenciadas. En la primera *(La Universidad de la Hermenéutica),* el autor se centra en la idea de que «la hermenéutica no es un campo de ocupación científica, ni un ámbito de objetivos, ni una disciplina; es más bien un método de acercamiento científico a objetos, de formación de teorías y sistemas científicos; es un fenómeno estructural, que exige atención para cualquier actividad científica, que precede y forma la base de las ciencias particulares». Esta universalidad teórico-científica de la hermenéutica es importante en relación con el Derecho no sólo porque es condición previa para que esta tenga respuestas a cuestiones científico-jurídicas, sino porque es capaz de mediar técnico-científicamente entre el ámbito jurídico, y otras materias, permitiendo «abrir de nuevo la discusión sobre el carácter científico de la ciencia jurídica y fundamentarla de forma exigente». En la segunda parte *(Comienzos)* el autor traza un breve esquema de cómo se produjo la aproximación entre hermenéutica y Derecho («la hermenéutica jurídica es un hijo tardío de la hermenéutica general»), al tiempo que afirma que sólo cabe plantearse «el problema de un tratamiento correcto de la ley, de su aplicación correcta al caso» en la medida en que se comprenda que la ley es una decisión no unívoca, incompleta y abierta con respecto al futuro: sólo en este caso hay motivo para reflexionar sobre el papel productivo de aquél que interpreta o aplica la ley y para investigar acerca de los criterios de una interpretación o aplicación correctas. En la tercera *(Aspectos esenciales),* el autor procede a diferenciar a la hermenéutica jurídica de otras teorías jurídicas, centrándose principalmente en la teoría jurídica analítica y en la teoría del Derecho teórico-sistémica. La cuarta parte *(Fuentes)* se divide a su vez en otras dos: *Metodología,* en la

HERNÁNDEZ GIL, Antonio.

De nuevo sobre el Derecho natural.

Persona y Derecho, Pamplona, n.º 12, 1985, págs. 13-65.

Este artículo es el discurso leído en la sesión inaugural del curso 1983-1984 en la Real Academia de Jurisprudencia y legislación. En él, el autor trata de explicar el fenómeno del ocaso del iusnaturalismo en el siglo XIX y las causas de su posterior renacimiento en el siglo XX. Este acontecimiento ha tenido en nuestro país unas características peculiares. El autor busca los vestigios de iusnaturalismo en juristas españoles del siglo XIX. Distingue entre ellos a los neoescolásticos como Ceferino González, Ortí y Lara, Mendizábal Martín, por una parte, y Sanza del Río y Giner de los Ríos, por otra; estos últimos partiendo de presupuestos filosóficos claramente distintos a los de los anteriores, como es el pensamiento de Krause, admitían la existencia de un Derecho natural con caracteres específicos que los separaban de otras concepciones iusnaturalistas.
A continuación, el autor define lo que en este caso entiende por renacimiento: «un restablecimiento de una línea de pensamiento después de haberse producido la ruptura», y expresa cuáles son aquellos teóricos que, a su juicio, han contribuido a tal renacimiento en el siglo XX: Geny, Radbruch, Verdross, Maritain, Renard, Mesner, Erik Wolf, etc. Por lo que se refiere a España, y teniendo como marco cronológico el período comprendido entre 1939 y 1975, distingue entre el «iusnaturalismo neoescolástico pleno» (Corts Grau, Elías de Tejada, Galán y Gutiérrez, Luño Pena, etc.) y un «iusnaturalismo menos pleno de varias procedencias»; los autores que se citan en este último apartado son entre otros, Recaséns Siches y Legas Lacambra, cuyas raíces son muy paralelas: Ortega y su raciovitalismo y la teoría pura del Derecho de H. Kelsen.
Por lo que a las «nuevas concepciones del Derecho natural» se refiere, el autor menciona entre otras: el iusnatu-

sición en forma legal de un estado democrático a un caudillismo totalitario» desde un principio claramente injusto), una de las causas de la desconfianza hacia la desobediencia civil y, en concreto, al movimiento pacifista. La otra causa -ésta teórica- está en el hobbesianismo alemán. Para Hobbes, el Estado tiene como principal función -que lo legitima- asegurar la paz interior del ciudadano, objetivo imposible sin un monopolio estatal de la fuerza, imposible «si el ciudadano decidiera por sí mismo cuándo se produce una resistencia justificada». Frente a la obediencia incondicional al Derecho que supone esta actitud se propugna una obediencia cualificada al mismo: no basta con una legitimación formal, procedimental, del Derecho positivo; se requiere una adecuación material a los principios constitucionales. Desde este punto de vista la desobediencia civil es el único medio del ciudadano de retornar su soberanía y exigir tal adecuación, pero ha de cumplir, para ser respetada por el Estado, las siguientes condiciones: el orden jurídico ha de permanecer intacto, el transgresor debe asumir las consecuencias de su acción (y el Estado debe aplicar la ley penal, sin perjuicio de conceder una amnistía) y, por último, debe fundamentar su desobediencia «en principios reconocidos y legitimadores de la Constitución». Queda tras estas reflexiones responder a la cuestión de la justificación como desobediencia civil de las violaciones de normas como protesta por la instalación de misiles en la R.F.A. Para Habermas la contestación es afirmativa: porque era el único medio de actuación del ciudadano y porque legitima tales actos la urgencia por frenar la carrera de armamentos, aun con medidas unilaterales.

(D. G. L.)

que el autor expone que «norma y caso (que según la metodología tradicional sólo se unirán tras la subsunción deductiva de la norma en el caso) tienen que relacionarse paulatinamente en el acto de obtención del Derecho, deben desarrollarse y concretarse mutuamente y, por tanto, se presuponen... Norma y caso real se producen mutuamente en el proceso de aplicación de la norma o de decisión del caso»; y *Filosofía del Derecho* en la que el autor nos dirá que «el punto de partida de la hermenéutica jurídica orientada filosófico-jurídicamente... es la relación entre Derecho y ley, entre esencia y existencia, entre deber ser y ser». Y, por último, en *Puntos principales*, el autor se detiene en el argumento de que el «deber ser y el ser, la norma y el caso sólo pueden llegar a ser productivos mutuamente si se supera la separación metodológico-dualista, si se señala un puente entre ellos, que no sólo los vincule entre sí, sino que los una indisolublemente».

(J. A. R.)

ralismo historicista; el iusnaturalismo de base existencialista (Maihofer y Welzel); el iusnaturalismo axiológico (Reale y Cossio). En el seno de la corriente denominada «doctrina de la naturaleza de las cosas» destaca el autor cómo esta teoría ha sido interpretada de distintas formas; Maihofer y Welzel en Alemania la han interpretado de manera distinta a como lo ha hecho M. Villey en Francia; igualmente desde sectores alejados del iusnaturalismo ha recibido interpretaciones distintas, por parte de amores como Poulantzas o Bobbio. Posteriormente, el artículo hace referencia a la doctrina de M. Villey sobre las bases aristotélico-tomistas de la doctrina iusnaturalista desarrolladas por autores de diversa significación. Concluye el artículo con una valoración de conjunto del iusnaturalismo centrada en tres consecuencias que se derivan de una concepción iusnaturalista: «l) la posibilidad de desarrollar una posición crítica respecto a los Derechos positivos; 2) mantener la esperanza abierta hacia un Derecho justo: 3) erigir en centro de la protección jurídica a la persona».

(F. L. R.)

HERNÁNDEZ GIL, Antonio.

La contemporaneidad en la filosofía del Derecho.

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, n.º 71, 1984-85, págs. 207-247.

El presente artículo reproduce el discurso leído en la sesión inaugural del curso 1985-86 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación por Hernández Gil en calidad de presidente de la misma. El artículo arranca con una aproximación al significado de la contemporaneidad que -en palabras del autor- comprende «nuestro entorno histórico más próximo. Aunque su demarcación cronológica es diversa, en parte por la materia a que se aplique y en parte también por arbitraria. La última o mas reciente etapa de la contemporaneidad es la actualidad que, además de comprender el hoy estricto, apunta al devenir».
Así, a continuación, el autor se detiene en el desarrollo de los siguientes epígrafes: II) La contemporaneidad en la filosofía y las tendencias filosóficas contemporáneas; III)-Visión panorámica de la actualidad; IV) La contemporaneidad en la filosofía del Derecho y las tendencias contemporáneas: A) La peculiaridad del pensamiento jurídico, B) El llamado concepto histórico de la filosofía del Derecho y su crítica, C) El despertar de la filosofía jurídica con el neokantismo; V) Las corrientes filosófico-jurídicas contemporáneas: A) Entrecruzamientos de cuestiones filosóficas, científicas y sociológicas, B) Delimitación de las principales corrientes contemporáneas; VI) Las corrientes filosóficas generales contemporáneas y su proyección en la filosofía jurídica: A) La fenomenología: B) La filosofía de la vida, C) El existencialismo, D) El positivismo lógico y la filosofía analítica, E) El estructuralismo, F) El marxismo, G) La filosofía en dispersión; VII) Corrientes filosóficas intrajurídicas; VIII) Las corrientes metodológicas.

(J. A. R.)

HERRERA FLORES, Joaquín.

Presupuestos para la consideración de la paz como valor jurídico.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 107-123.

Partiendo de la urgencia de la búsqueda de la paz fuera de la lógica militar e imperialista, plantea este artículo el estudio de la misma como valor jurídico desde dos perspectivas: a) inmersa en el conjunto de valora jurídicos fundamentales y b) como principio recogido en textos constitucionales.
a) La paz puede considerarse como fin último y absoluto por encima del resto de valores (pacifismo ético o puro) o como medio en el que éstos se desarrollan y referida a condiciones sociales e históricas concretas que condicionan la toma de postura acerca de ella (pacifismo político o cuasi-pacifismo). Siguiendo la línea marcada por esta segunda visión y si se estima que no sólo la paz, sino todos los valores fundamentales del ordenamiento jurídico responden a una realidad social y son, por tanto, relativos (lo demuestra la historia), no podemos aspirar a establecer una jerarquía de los mismos ni desde un plano ideológico ni desde un plano práctico. Por ello, el autor opina que «entre libertad, igualdad, justicia, desarrollo social y cultural y paz no hay jerarquías absolutas, sino un continuo movimiento de prioridades que se concreta según los diferentes momentos históricos». Si, además, la par es el marco que posibilita los demás principios, podemos deducir de ahí, dos consecuencias: su urgencia y prioridad hoy; y su carácter conservador, no en el sentido tradicional y político del término (frente a Bobbio, que lo deducía del hecho de que la propaganda pacifista se asimila más por la sociedad cuando ésta más tiene que perder y, por tanto, que proteger), sino en cuanto que la paz tiende a mantener las condiciones indispensables para la existencia del resto de los valores.
b) Desde un análisis de Derecho comparado se observa que las referencias en las constituciones a la paz como bien jurídico protegido son más escasas que las correspondientes a la libertad, igualdad, justicia. Tales referen-

HERRERA FLORES, Joaquín.

A propósito de la fundamentación de los derechos humanos y de la interpretación de los derechas fundamentales.

Revista de Estudios Políticos, Madrid, n.º 45, 1985.

Las transformaciones que está sufriendo la categoría de Estado Social de Derecho y la propia dinámica de los sistemas de legitimidad imperantes en el mundo contemporáneo, han abierto de nuevo las puertas a temas tales como la fundamentación de los valores jurídicos, después de bastantes décadas de abandono y relativo desprecio. Este artículo quiere dar cuenta de esta dinámica centrando el análisis en el comentario a la obra del Prof. Perea Luño *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Madrid, 1984).
La monografía consta de dos partes: en primer lugar, se repasa la exigencia de fundamentos nuevos que posibiliten un entendimiento actual de los valores jurídicos y/o sociales; y, en un segundo momento, se pretende mostrar la virtualidad de las nuevas teorías interpretativas que posibilitan un acercamiento evolutivo e institucional a la constitución como norma básica.
El punto nodal de la argumentación gira sobre la convicción de que una teoría general de los derechos humanos y de los derechos fundamentales sólo puede desarrollarse cuando previamente la comunidad de investigadores haya alcanzado un acuerdo «mínimo» acerca del posible fundamento de los mismos. Temas tales como el del «contenido esencial» de los derechos fundamentales, el de la «eficacia horizontal» de las partes dogmáticas, o el de la necesidad de adaptación de las tablas de valores juridificados a las condiciones sociales, políticas y culturales del presente, sólo encuentran vía de salida cuando el investigador y el aplicador jurídicos parten de ese acuerdo expresado a nivel puramente formal. Las teorías acerca de la «comunidad real e ideal de comunicación», analizadas paralelamente a los esfuerzos por concretar la misma en base al conjunto de «necesidades

cias pueden encontrarse en los preámbulos de los textos constitucionales (en cuyo caso se plantea la cuestión de su fuerza normativa, que suele resolverse afirmativamente) y. junto a los principios fundamentales, ya en el articulado. Ejemplos de todo ello tenemos en constituciones que responden al modelo del Estado Social de Derecho y en otras del campo socialista. Así, en nuestra actual Constitución la paz se eleva en el Preámbulo a criterio ordenador del resto del Ordenamiento.

Respecto a las constituciones socialistas hay que señalar, por último, que responden a un pacifismo realista y de contenido concreto que va más allá de la mera declaración de principios utópicos.

(D. G. L.)

radicales» de la población, constituyen el marco preciso para que este acuerdo consiga el suficiente grado de aceptación y consenso.

HERRERA FLORES, Joaquín.

La participación política en John Rawls y el concepto de participación democrática.

Revista de las Cortes Generales, Madrid, n.º 5, 1985.

En nuestro ámbito jurídico-político es ya casi un lugar común oír hablar de la necesidad de profundizar en la idea de democracia. Sin embargo, con sólo prestar un mínimo de atención se observa que el uso que se le da al término es tan ambiguo como ideológico. Una de las corrientes filosóficas que se ha planteado este tema con mayor atención, ha sido la corriente neocontractualista, la cual intenta fundamentar una nueva concepción del tema estudiado reduciendo su complejidad al ámbito meramente político.
Este ensayo intenta dar cuenta de esos dos hechos, abogando por una concepción amplia de la idea de democracia, y discutiendo con el autor de *Teoría de la Justicia* sus argumentos restringidos acerca de la participación en el mundo contemporáneo. Concretamente, el artículo consta de tres partes diferenciadas pero estrechamente imbricadas. En primer lugar se repasa la respuesta neocontractualista a la tan traída y llevada «Crisis de la democracia» dando cuenta de la ambigüedad que subyace a toda posición que pretenda aislar el hecho democrático de sus condicionamientos sociales. En un segundo momento se aborda el mismo tema pero esta vez incidiendo en la diferente concepción que de la participación tienen Rawls y el amor del artículo. La diferencia entre ambas concepciones puede verse si nos acercamos al concepto de participación democrática ofrecido por el autor del artículo: «... conjunto de derechos e instituciones, que tanto a un nivel político como social van propiciando el acercamiento de las expectativas individuales y grupales a las exigencias de la sociedad como comunidad política y, paralelamente, el control de los resortes públicos y sociales por los detentadores de la soberanía...» (p. 154).

JEAMMEAUD, Antoine.

«Critique du droit» en Francia: de la búsqueda de una teoría materialista del Derecho al estudio crítico de la regulación jurídico. (Trad. de Mariano Maresca).

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 25, 1985, págs. 105-135.

Este trabajo constituye un balance de la corriente de pensamiento jurídico francés *Critique du droit*, corriente que se ha venido expresando desde la segunda mitad de los años setenta a través de la colección de libros que lleva ese mismo nombre y de la revista *Procès*. En este sentido, en primer lugar, el autor resalta la escasísima influencia que esta corriente ha tenido en Francia (no así en otros países; incluidos los del llamado socialismo realmente existente) debido, en parte, a problemas de edición y distribución, y, en parte, a la escasa acogida por un público al que en principio se pretendía interesar. A continuación, bajo el epígrafe de *Las vicisitudes de lo constitución de una teoría crítica del Derecho*, el autor alude al «proyecto científico contra 'ciencia del derecho' tradicional», que consistía en tratar de construir «un auténtico conocimiento científico capaz de marcar de manera decisiva la formación de los futuros juristas». Se trataba de afirmar, frente al iusnaturalismo y al positivismo (ambos de inspiración idealista), que el objeto de las investigaciones que pretenden explicar la aparición, las funciones y las transformaciones de lo jurídico no puede ser otro que ese modo de representación, ordenación y reproducción de las relaciones sociales que se denomina «lo político-jurídico»; y si ello se conecta con «la fórmula marxiana de que las reglas jurídicas y las formas políticas no pueden ser comprendidas por sí mismas, sino atendiendo a sus raíces en las condiciones de la vida material», se verá que lo importante de este proyecto científico radicaba en el esclarecimiento de las modalidades de relaciones entre estas condiciones de vida material y las formas juridico-políticas. Así, el autor enumera algunas de las tesis sostenidas por *Critique du droit* y que pueden suponer avances reales en la línea expuesta.

KAUFMANN, Arthur.

Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 25, 1985, págs. 37-62.

Para el autor, las dos preguntas fundamentales de la filosofía del Derecho son: *qué* es el Derecho justo y *cómo* lo reconocemos, es decir, cómo realizamos el Derecho justo. Durante mucho tiempo -nos dice el amor- se ha creído que ambas preguntas podían plantearse y contestarse completamente separadas la una de la otra el Derecho justo se presentaba como un objeto sustancial «que se opone a nuestro pensamiento y ha de ser captado por el 'sujeto' en su pura calidad de ser-en-si, es decir, sin mezclarlo con ningún elemento subjetivo. Según este planteamiento, el problema del conocimiento se reduce a la simple reproducción del objeto en la conciencia. Tal fue el ideal de la ciencia en la época moderna, orientada por el modelo de las ciencias naturales». Sin embargo, lo cierto es que el mundo no puede ser considerado y juzgado exclusivamente según criterios y categorías científico-naturales. Ni siquiera en el ámbito de las ciencias naturales son siempre posibles los resultados objetivos. Esto vale todavía más para las ciencias comprensivas, pues en ellas el esquema sujeto-objeto es erróneo. «En la ciencia del derecho -y más aún en la filosofía del Derecho- no existen conocimientos que no hayan sido acuñados por quienes se ocupan del Derecho, y también interviene siempre (aunque no sea el único) un aspecto creador: el 'conocimiento' del Derecho tiene siempre algo de 'conformación del Derecho. Más claro aún: el Derecho material-positivo sólo surge en el proceso de realización del Derecho... Tampoco la justicia existe más allá de los veredictos de justicia que siempre contienen un momento racional y otro emocional. Desde esta perspectiva, el *cómo* de nuestro proceso de conocimiento y de nuestros juicios debe tener una importancia incomparablemente mayor que en el modelo sustancial-ontológico».

El artículo culmina con el análisis pormenorizado del modelo participativo que configura «formalmente» nuestra Constitución de 1978, las vías institucionales de desarrollo de la participación, y los principios constitucionales reconducibles a la misma.

Más adelante, el autor se detiene, por un lado, en el cambio de orientación operado en el interior de *Critique du droit*, fruto principalmente de la toma de conciencia de los límites de la teorización materialista de lo jurídico, y, por otro lado, en la fijación de nuevos objetivos orientados fundamentalmente hacia la tecnología y la práctica de la regulación jurídica.

(J. A. R.)

A partir de este planteamiento, el autor entabla una discusión histórico-problemática (la historia de la filosofía como historia de problemas filosóficos) que abarca desde los autores de la antigüedad hasta los autores contemporáneos.

(J. A. R.)

KRIELE, Martín.

Política de paz en la encrucijada. (Trad. de Juan José Gil Cremades)

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 33-43.

La política de paz se encuentra en la confluencia de dos caminos: uno, el de los medios jurídicos proporcionados por el Derecho Internacional y, otro, el de la opción unilateral (tesis de Habermas que para el autor consiste en que, Occidenteproscriba unilateralmente sus armas nucleares); estas vías son entre sí, excluyentes, pero -en la realidad política- es preciso elegir una u otra.
En este trabajo se sostiene que la única posibilidad de desarme se encuentra en que la Unión Soviética acepte la disposición a negociar y se empeñe en acuerdos que garanticen la seguridad recíproca. Se advierte que la elección de la política de pasos unilaterales eliminaría las motivaciones para hacer concesiones o abriría a aquel Estado la esperanza de un poderío mundial basado en el armamento nuclear. Sin embargo, el movimiento pacifista alemán argumenta -confiando en un efecto transformador de la moral- «que el acto de una primera prestación pudiera crear un clima de confianza sin amenazas ni enemistades y mover también a la Unión Soviética a una reducción unilateral de su armamento atómico».
El profesor Kriele señala que las iniciativas llevadas a cabo en este sentido en la República Federal Alemana han resultado contraproducentes. Por un lado, las reivindicaciones del pacifismo pidiendo la interrupción de la carrera de armamentos y la desviación del rearme, en 1983, hicieron que la Unión Soviética advirtiera que su creciente amenaza nuclear a Europa occidental hacia más fuerte la presión de los pacifistas sobre los americanos para que éstos cedieran, por lo que se vio animada a una intransigencia absoluta en las concesiones y a seguir aumentando su potencial atómico para amenazar a Europa. Por otro lado, el gobierno de Brandt, unos años atrás, quiso crear un clima de confianza en la disposición pacifica de su país, persuadido de que con ello

LAPORTA, Francisco.

El principio de igualdad: Introducción a su análisis.

Sistema, Madrid, n.º 67, julio de 1985, págs. 3-33.

Este artículo analiza el principio de igualdad tanto desde un punto de vista 16gico. para desvelar sus ambigüedades, sentido y límites, como desde una perspectiva normativa. La perspectiva normativa, como el autor manifiesta expresamente, incluye tres enfoques diferentes: a) la igualdad o desigualdad no están determinadas por hechos «sino que son simplemente un producto de la estructura normativa de la sociedad»; b) «la idea de igualdad es un principio y no una descripción genérica de la realidad»; c) el principio de igualdad es una metanorma respecto de las normas sociales. Es ésta última dimensión la que tiene más relevancia puesto que los principios pueden funcionar como «razones» justificadoras de normas particulares que sean concreciones suyas; hay, por tanto, una clara interdependencia entre el principio de igualdad y su concreción en normas generales. La conclusión a que llega el autor examinando esa interdependencia es que el principio de igualdad «se expresa a través de principios y normas de segundo orden, a los que explica y justifica».
A partir de la dicotomía que establece el autor «a diferencias irrelevantes, tratamiento igual» «a diferencias relevantes tratamiento diferencial» se examinan cuatro concreciones materiales del principio de igualdad: a) principio de satisfacción de necesidades: b) principio de retribución; c) principio de reconocimiento de aptitudes y d) principio de consideración de status.
Concluye el artículo con un epígrafe dedicado al análisis de la distinción entre igualdad formal e igualdad material. En él se destaca, entre otras cosas, que la igualdad económica se determina a través de juicios de valor y normas (no de manera descriptiva y objetiva). En conexión con esto se subraya que el hecho de que las normas jurídicas puedan realizar el principio de igualdad puede interpretarse de tres maneras: 1) las normas jurídicas

LAPORTA, Francisco.

Una vindicación del utilitarismo: Acotaciones a un libro de Martin D. Farrell.

Sistema, Madrid, n.º 64, enero 1985, págs. 125-133.

El artículo constituye una nota al libro de Martín Diego Farrell *Utilitarismo: Ética y Política* y pretende «además de hacer un breve inventario de los temas que presenta el libro, mantener un pequeño diálogo inicial con Farrell sobre la propuesta de modificación del utilitarismo que se contiene en su última parte». En relación con esto último, Laporta, expone cómo Farrell presenta un esquema utilitarista que incorpora el postulado central de la teoría de Dworkin del *derecho* a *igual consideración y respeto;* y explica cómo éste aplica el nuevo modelo a tres ejemplos conocidos en los que la teoría utilitarista parece obtener resultados insatisfactorios, llegando, así, auna solución distinta a la que llegaría un utilitarista «irrestricto». Pues bien, lo que Laporta sostiene es que se puede estar de acuerdo con la solución que Farrell da a los tres casos y pensar, sin embargo, que no llega a ella realmente mediante una modificación del utilitarismo, sino aplicando con cierta fuerza una teoría de los derechos individuales a la que, eso sí, se complementa subsidiariamente en ciertos casos con una teoría utilitarista. «En la propuesta de Farrell -escribe Laporta- se conserva, aparentemente, el cuerpo básico de la teoría utilitarista y se añade a ella, con funciones precisas, la presencia de un 'derecho determinado'. Así, el modelo aparece como un utilitarismo limitado y enriquecido. Pero en mi opinión esto no es más que la apariencia. La realidad es que la modificación y el enriquecimiento son tan grandes que la han transformado plenamente en una teoría de los derechos individuales. ¿Cómo se ha llegado a ello? Pues, a mi juicio, a través del concepto de 'derecho a igual consideración y respeto'».

(J. A. R.)

se sentarían las bases para negociaciones con posibilidad de éxito. La reacción soviética consistió en aceptar las ventajas que política y económicamente pudieran derivarse de ello, pero la confianza en el efecto transformador del impulso moral dado se frustró: «se dirigieron hacia nosotros 350 cohetes de alcance medio provistos de múltiple cabera nuclear y se encargó un poderoso potencial atómico disuasorio».

Pero no sólo el intento de «eliminación de la efigie del enemigo» dio al traste con las expectativas de un acercamiento a la paz, sino que incluso el más absoluto servilismo a la U.R.S.S. (que situara a la R.F.A. bajo una verdadera Pax soviética) no haría más que aumentar el peligro atómico para Occidente: se malograría el interés por las negociaciones, la amenaza atómica a Europa occidental sería irreversible, y el riesgo de guerra como consecuencia de un error político de calculo crecería.

Para terminar, volviendo sobre los resultados negativos a que la experiencia pacifista condujo, el amor reflexiona acerca de las causas de que los movimientos de masas frecuentemente produzcan lo contrario de lo que persiguen. Después de aportar una serie de ejemplos históricos en los que fundamentar tal hipótesis, concluye que los criterios de actuación se encuentran condicionados no ya por juicios morales sobre lo justo y lo injusto, sino por «las supuestas tendencias de la historia»: el presunto vencedor tiene razón. Los miembros del actual movimiento pacifista se encuentran fascinados por la amenaza soviética sobre Europa occidental, la fuerza sugestiva de su eventual victoria y la idea de que «el socialismo vence» les cautiva. Se hallan a la espera de una paz soviética, expectativa a la que en opinión del amor se ha de poner fin mostrando la impotencia del pacifismo para conducir a la Unión Soviética a la negociación.

(A. D. P.)

suelen tener carácter general y abstracto; 2) las normas jurídicas utilizan otro criterio de igualdad distinto del mencionado; 3) las normas jurídicas pueden incorporar el principio de igualdad, pero hay un hiato entre la vigencia formal y la eficacia social de esas normas. Se suele presentar así el principio de igualdad como un *criterio de distribución por razones relevantes, más un criterio de distribución de renta por razones operativas.* En el fondo de este planteamiento, de las dos igualdades, lo que subyace es el problema de la convivencia del principio de igualdad con el sistemaeconómico de mercado. En este sentido, la *producción* de bienes y el principio de igualdad son altamente compatibles. Donde surgen los problemas es en el plano de la *distribución* de los bienes producidos en un sistema económico desigualitario. Aquí el conflicto entre operatividad ética y operatividad económica es inevitable; hay que establecer, pues, una jerarquía, en la que el criterio más aceptable parece ser el de proponer un sistema económico de mercado únicamente como sistema de producción, pero no de distribución, «y ello por razones morales».

(F. L. R.)

LÓPEZ CALERA, Nicolás M.ª

Filosofía del Derecho.

Ed. Comares, Granada, 1985, 234 págs.

Este libro tiene su origen en una serie de «unidades didácticas» publicadas por la U.N.E.D. en 1976. Su pretensión y forma no es la de ser un tratado sistemático sino, como manifiesta el autor, se trata más bien de una «introducción a algunos temas de teoría jurídica y un breve panorama de algunas ideologías jurídicas dominantes». El punto de partida es la consideración de la Filosofía del Derecho como una teoría crítica del Derecho. Esto implica cuestionar el propio objeto de estudio de los científicos del Derecho (las normas y el fenómeno normativo) y las metodologías empleadas por éstos. Tal planteamiento supone que la realidad jurídica no queda agotada en el estudio científico del Derecho sino que, además, hay una serie de problemas y preguntas que desbordan el ámbito de las distintas ciencias jurídicas y que son el objeto de una filosofía crítica basada en una «razón trascendente». Tal razón no es intemporal y ahistórica sino que se reconoce a sí misma inserta en una sociedad y condicionada por estructuras económicas, de clase donde existen códigos morales heterogéneos y enfrentados. El presupuesto explícito de toda esta argumentación se encuentra basado en la idea de que la historia humana es intrínsecamente dialéctica. En el plano jurídico, esta dialéctica se manifiesta en tensiones irreconciliables entre razón / fuerza, objetividad / subjetividad, individualidad / sociabilidad, libertad / autoridad.
El segundo capítulo, bajo el título *Marxismo y Derecho,* hace explícitos los presupuestos del materialismo dialéctico e histórico que resultan imprescindibles para una comprensión del Derecho desde esa perspectiva. Esto nos conduce al clásico e ineludible tema de si existe o no una teoría marxista del Derecho. Aquí, contrapone el autor las tesis de Cerroni («falta por elaborarse una teoría marxista del Derecho») a las de I. Szabo, según el cual la teoría marxista del Derecho ha sido elaborada y sistematizada fundamentalmente por los teóricos marxistas del Derecho de la Unión Soviética. A continuación se explican y comentan brevemente las tesis sobre

LÓPEZ CALERA, Nicolás M.ª

La Cátedra «Francisco Suárez» de la Universidad de Granada (1939-1985).

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 25, 1985, págs. l-l1.

El artículo recoge la evolución histórica de la Cátedra Francisco Suárez desde sus orígenes hasta nuestros días. Así, el autor parte de los objetivos con que nació en 1939 la referida Cátedra que, fundamentalmente, pueden resumirse en un objetivo académico: cumplir funciones docentes e investigadoras con vocación interdisciplinar, llenando un vacío en los planes de estudio entonces vigentes; y un objetivo político: difundir y potenciar los principios y doctrinas ideológicas nacidos con la sublevación del 18 de julio. Para documentar estas afirmaciones, el autor se centra fundamentalmente en el preámbulo del Decreto (de 9 de noviembre de 1939) por el cual se creaba la Cátedra y en el discurso del profesor Corts Grau en el acto de inauguración de sus actividades. Ahora bien, en una primera época -que llega hasta 1948- la Cátedra «llevó una vida relativamente lánguida». Sus actividades más sobresalientes en este período, al margen de la constante propagación de la filosofía escolástica o perenne con especial referencia a la Escuela Española, estuvieron centradas en la conmemoración de dos centenarios: en 1945 el cuarto *Centenario del Concilio de Trento* con la participación entre otros de Álvaro D'Ors, Joaquín Pérez Villanueva, P. Beltrán de Heredia, P. José A. de Aldama y Enrique Gómez Arboleya; y en 1948 el *IV Centenario del nacimiento de Francisco Suárez* con la participación de Enrique Gómez Arboleya, Heinrich Rommen, Antonio Truyol y Serra y Camilo Barcia Trelles.
En una segunda etapa, entre 1948 y 1957, la Cátedra se limita a organizar pequeños ciclos de conferencias sin gran trascendencia ni relieve. Sin embargo, a partir de 1957, con la incorporación del profesor Agustín de Asís a la Cátedra de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, se producirá una poten-

LORCA NAVARRETE, José F.

Filosofía del Derecho. Perfiles sistemático-metodológicos.

Ed. Alhambra (Col. Mezquita), Madrid, 1985, 147 págs.

La constante preocupación del autor por indagar los fundamentos últimos del Derecho queda plasmada en esta obra en la que, partiendo de su cosmovisión cristiana y de acuerdo con una metodología declaradamente escolástica, reivindica la consideración del Derecho natural como médula de la Filosofía jurídica, por entender que en el «se funden en armonía cabal los variables cambios que caben en la especulación sobre el Derecho». Así, el trabajo se inicia con una amplia introducción en la que el autor se plantea la necesidad propedéutica de abordar los aspectos pedagógicos que caracterizan la enseñanza de las disciplinas iusfilosóficas, subrayando que la primera y principal tarea de la Universidad es la de formar más que la de enseñar, y que, por lo que se refiere a los estudios jurídicos, el acoplamiento de las dos disciplinas, Derecho natural y Filosofía del Derecho, permite conseguir una formación universitaria y completa. A continuación, en los siete capítulos de que consta este libro, se replantea la noción del saber filosófico, estudiando su desenvolvimiento etimológico, sus notas características, su estructuración y su posibilidad, reiterando su conclusión -ya expuesta en anteriores trabajos- de que su sentido y carácter supone una «inexorable apetencia humana de saber total, como verdad sintetizadora última de las verdades parciales de los saberes especializados y como hitos sucesivos a donde llegó la razón humana arrastrada por la comezón de conseguir la verdad última»; para entrar, seguidamente, en el análisis de saber filosófico-jurídico cuya problemática fundamental continúa siendo el Derecho natural en cuanto permanente reflexión acerca de la justicia. Aquí estudia la trayectoria histórica del término «Filosofía del Derecho» y estructura su contenido sistemático -tras un análisis previo de la problemática metodológica que afecta a

el Derecho sostenidas por Marx, Engels, Lenin, Stucka, Pasukanis y Vischinsky. El capítulo concluye con un breve análisis de las aportaciones del «neomarxismo occidental», cotejándolo con las teorías sobre el Derecho desarrolladas en los países de influencia soviética.

El capítulo tercero está dedicado al análisis de la *teoría pura del Derecho* de Kelsen. Aquí se tratan de desvelar ideas claves con las que opera Kelsen; el autor, hace hincapié, fundamentalmente, en los conceptos de ciencia y de ideología que usa Kelsen, ya que ambos sirven para demarcar los distintos tipos de ciencia (causalidad/imputación) de los saberes metafísicos y de las puras ideologías. Hay en este capítulo una breve referencia a la idea de justicia que sostiene Kelsen, explicitando su relativismo ético.

El cuarto capítulo está dedicado a la exposición del realismo *escandinavo*. Comienza con un breve análisis de las teorías de A. Hägerströn y V. Lundsted, para pasar luego al análisis de los clásicos del realismo escandinavo: Olivecrona y Ross. Por último, este capítulo incluye un epígrafe titulado «El realismo jurídico escandinavo como ideología burguesa».

El capítulo quinto estudia dos autores anglosajones: Hart y Dworkin. La teoría de Hart es vista por el autor como una teoría positivista (p. 126). En cuanto a Dworkin, se explica el alcance de la distinción sostenida por este entre principios y normas, y las consecuencias de tal planteamiento.

El capítulo sexto está dedicado a *la aplicación e interpretación del Derecho*. Toda teoría de la interpretación supone según el autor, una teoría del conocimiento y una teoría del fenómeno a interpretar. Posteriormente se pasa al análisis de las teorías de la interpretación provenientes del historicismo, del conceptualismo, de la jurisprudencia de intereses, del movimiento del Derecho libre, de la teoría pura, de la tópica y hermenéutica y del uso alternativo del Derecho. La conclusión final de este capítulo es la tesis de que la interpretación es una tarea claramente ideológica (p. 193 y ss.).

El libro concluye con un capítulo que bajo el título *Derecho, sociedad y revolución* se plantea problemas como el de la autonomía o no autonomía del Derecho respecto a la sociedad, el concepto de revolución y la valoración ética del fenómeno revolucionario.

(F. L. R.)

ciación de la Cátedra Francisco Suárez que, además, quedará definitivamente adscrita a aquélla, separándose de la Facultad de Letras.

En 1960, Agustín de Asís preparó un proyecto de nuevo marco legal para la Cátedra Francisco Suárez, que no llegó a aprobarse por el ministerio, en el que entre otras cosas se proponía la edición de un boletín (que acabaría por ser los «Anales de la Cátedra Francisco Suárez»). Durante el período de dirección de Agustín de Asís las actividades se centraron en la organización de ciclos de conferencias y cursos de teología, así como en la edición de textos clásicos, de monografías y de los «Anales».

En relación con los «Anales de la Cátedra Francisco Suárez» pueden distinguirse dos etapas: una, desde su nacimiento en 1960 hasta 1966; y otra, desde 1967, en que se incorpora el profesor López Calera, hasta hoy. En la primera etapa, la revista mantiene su fidelidad a los objetivos fundacionales de la Cátedra (estudio de los clásicos y difusión de la filosofía perenne o escolástica). En la segunda, comienza un cambio de orientación que progresivamente irá haciendo de la revista una publicación «más abierta ideológicamente y con indudable prestigio científico»; prueba de ello pueden ser los temas monográficos tratados en la misma («Hegel», «Derecho y Estado», «El pensamiento jurídico español del siglo XIX». «Derechos humanos», «Derecho y vida judicial», «Hobbes», «Derecho y soberanía popular», «Razón, práctica, derecho e ideología» y «Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX») así como las colaboraciones de autores de las más diversas ideologías.

(J. A. R.)

esta parcela del saber humano- en cuatro grandes sectores: *ontología jurídica* (conocimiento del ente jurídico); *sociologia jurídica* (manifestaciones concretas del ente *jurídico); lógica jurídica* (criterios formales de conocimiento) y *Derecho natural* (justificación y fundamentación última de lo jurídico positivo). Finalmente, analizada la significación de la Filosofía del Derecho en la consideración total y plena de lo jurídico y se plantea en relación con cada uno de los sectores el problema metodológico que, en lo que concierne al último de ellos sólo puede encontrar solución con el método escolástico; además, el autor subraya que en el Derecho natural afloran más que en ninguna otra parcela iusfilosófica las condiciones del sincretismo metodológico, funcionando así como mediador entre los sectores ya aludidos de la especulación jurídica.

(A. R. de la C.)

LOSANO, Mario G.

La teoría pura del Derecho: del logicismo al irracionalismo. (Trad. de Juan Ruiz Manero).

Doxa, Alicante, n.° 2, 1985, págs. 55-85.

El autor, tras caracterizar a la teoría pura del Derecho como un *opus perpetuum* tanto en el sentido de *monumentum aere perennius* como en el de *perpetuum mobile,* delimita el objeto de su ensayo diciendo que no es otro que el de «especificar, en primer lugar, de qué forma la *Teoría general de las normas* desarrolla trabajos kelsianos anteriores señalando, después, sintéticamente, las ideas nuevas contenidas en este libro y las consecuencias que las mismas implican para la *teoría pura del Derecho* que hoy ya podemos llamar clásica y que encuentra su expresión en *La teoría pura del Derecho* de 1960». Así, mi aportación —nos dirá Losano— «se presenta no como una valoración crítica de la teoría pura del Derecho, sino como una contribución histórico-filosófica sobre su formación».
En la primera parte, pues, *Las relaciones entre Derecho y Lógica en el último Kelsen,* Losano traza la evolución de estas relaciones que va desde la aceptación de la aplicabilidad de los principios lógicos al Derecho en la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho* a la aceptación del irracionalismo jurídico en la *Teoría general de las normas.* Así, para seguir las etapas de este cambio Losano examina el problema de las relaciones entre Derecho y lógica en la *Reine Rechtslehre* de 1960, para pasar después al análisis de algunos escritos posteriores (*Derogation* de 1962, la correspondencia mantenida con U. Klug entre 1959 y 1965 y *Recht und Logik* de 1965) en los que Kelsen completó la revisión de sus posiciones sobre dichas relaciones, «llegando a lo que Weinberger denomina 'su nuevo credo lógico-metodológico'».
En la segunda parte, *La última obra de Kelsen,* tras determinar la fecha de maduración de la *Teoría general de las normas* (en torno a 1965) y comentar las fuentes de la misma (tanto las ausencias como las presencias),

LUCAS, Javier de.

La noción de defensa y la crisis de legitimidad (¿Qué significa Defensa?).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.° 2, 1985, págs. 77-95.

En opinión del autor, el esclarecimiento y justificación de la noción de defensa es un problema previo a todo debate efectivo sobre la paz. Tras estudiar brevemente el origen de la vinculación entre las nociones de defensa y Estado, leit-motiv de una importante tradición de la filosofía política, propone la discusión de su relación con la realización de la paz, que no ha de buscarse tanto o mejor, no primordialmente, en la dimensión internacional cuanto en la situación actual de las relaciones entre privaticidad y publicidad, como ha sido puesto alguna vez de manifiesto. En ese sentido, subraya lo que denomina «mecanismo de sacralización de la defensa», a cuyo estudio dedica la mayor parte del artículo, como rasgo característico de dicha situación, apoyándose en las aportaciones de la sociología clásica (Ferguson, Spencer y, sobre todo, Durkheim) la psicología social (Freud, Fornari) o la Filosofía de la moral (Bergson), corroborando las tesis expuestas por Hegel. A través de ese examen se advierte cómo la política de defensa se presenta, de un lado, como problema esencial e indiscutible —al margen de las ideologías— y por esa razón, unida a su característica complejidad, sustraída al debate público. A ese proceso no es ajeno, en modo alguno, la correlativa militarización de la vida civil, característica de lo que se ha dado en llamar «democracia acorazada», que inevitablemente se traduce en el recorte de las libertades, como denuncia entre otros Thompson. La conclusión es que, precisamente por esta vía se pone de manifiesto una de las líneas de quiebra de la legitimidad hoy, que apunta hacia la limitación de la publicidad y, por ende, de la propia noción de soberanía popular, (base de la democracia misma, como apuntan Habermas, Offe, Bobbio), por cuanto desvirtúa o al menos incide seriamente en las condiciones del pacto y en su propia justificación.

LUCAS, Javier de.

Una consecuencia de la tesis de los derechos: la desobediencia civil según R. Dworkin.

Doxa, Alicante, n.° 2, 1985, págs. 197-207.

El artículo está dividido en tres partes. En la primera, *La tesis de Dworkin y su repercusión en el análisis de la desobediencia civil,* el autor se detiene en dos nociones centrales de la Filosofía jurídica de Dworkin: a) por un lado, la tesis «fuerte» sobre los derechos individuales, que supone que «el Derecho y el Estado no son otra cosa que instrumentos de garantía de los derechos individuales», lo cual les confiere a tales derechos el carácter de «triunfos... sobre el bienestar colectivo»; y b) por otro lado, la tesis de «la interrelación e inseparabilidad de los problemas morales y jurídicos». Todo ello llevará a que «el problema de la desobediencia civil no será tanto jurídico, sino ético, o, más exactamente, ético-político: un conflicto provocado por la situación de incertidumbre en que se encuentra el ciudadano que no puede decidir con claridad si una ley es válida y duda en acogerse a unas directrices políticas o principios, o a otros diferentes. Pero afirmar que la desobediencia civil, como cualquier otro conflicto en que entra en juego la conciencia individual de lo justo, es uno de los supuestos en que se pondría de manifiesto hasta qué punto —en el sistema que sirve de referencia a Dworkin— la validez de la ley depende de complejos problemas morales supone plantear en realidad un problema jurídico y, por consiguiente, introducir otro elemento de posible confusión entre concepto y justificación del Derecho».
En la segunda parte, *La desobediencia civil,* el autor pone de manifiesto cómo Dworkin sitúa el concepto de desobediencia civil en relación con la existencia de un deber general de obediencia al Derecho, siempre que exista respeto a los derechos individuales (básicamente a la dignidad y a la igualdad), y cómo Dworkin se ocupa, además, de la justificación de la desobediencia en el contexto del sistema de los U.S.A. Por último, en *La respuesta a la desobediencia civil,* el autor se detiene en la idea de que Dworkin parece aceptar como una exigencia

Losano entra a analizar esta última obra siguiendo la división en tres partes propuesta por Opalek: a) Respecto de la primera parte, en la que se encuentran los temas clásicos de la teoría pura del Derecho, revisados y ordenados en función de la construcción de una teoría general de las normas, Losano se centra en el concepto de norma, el dualismo ser-deber ser y el acto de voluntad. b) En relación con la segunda parte, cuyo tema central es la afirmación de la imposibilidad del paralelismo entre la verdad de una proposición y la validez de una norma, Losano retorna la correspondencia de Kelsen con Klug y muestra como los conceptos de verdad, axioma y proposición normativa son puntos de discrepancia entre ambos autores. Y c) respecto de la tercera parte, cuyos puntos nodales son la negación de la aplicabilidad a las normas del principio de no contradicción y del principio de inferencia, Losano muestra como Kelsen abandona por completo el logicismo de la teoría pura del Derecho y reconduce la totalidad del ámbito normativo exclusivamente a la voluntad.

A continuación, Losano distingue tres fases (interconectadas entre sí, hasta el punto de poder hablar de un único *opus perpetuum)* en la evolución del pensamiento de Kelsen, al tiempo que reseña algunas de las innovaciones más importantes de su última etapa. Por fin, Losano dedica las líneas finales del artículo a preguntarse sobre la fecundidad de emprender investigaciones en busca del verdadero Kelsen. Su respuesta es clara: «Al reflexionar sobre la imponente extensión de su obra, es inevitable la comparación con la arquitectura. ¿Tiene sentido preguntarse cuál es la verdadera iglesia de Santa Sofía, catedral convertida en mezquita, o el verdadero templo de Córdoba, mezquita transformada en catedral? Sería bastante discutible el mérito de una operación... que recondujera a cada una de ellas a su estructura original: no todo lo acaecido antes es necesariamente mejor; ni lo es necesariamente cuanto ha sucedido después. En ambos casos, la mezquita es tan verdadera como la catedral: ésta es su realidad, heterogénea y contradictoria».

(J. A. R.)

básica de todo acto de desobediencia civil la aceptación del castigo. Sin embargo, en opinión de Javier de Lucas, «en la medida en que asegura que quien desobedece no puede ser equiparado en modo alguno a un criminal -con el significativo límite de la violencia-, y a la vista de que la sociedad no se desmorona si tolera alguna desobediencia, que lo que diferencia a la democracia es precisamente, como se ha subrayado con frecuencia, el grado de disidencia que son capaces de albergar y su capacidad para responder por otras vías que el recurso de la fuerza -la eliminación de quien desobedece-; Dworkin encuentra razones para absolver o adoptar una posición flexible respecto al castigo de la desobediencia civil».

(J. .A. R.)

LUHMANN, Niklas.

El enfoque sociológico de la teoría y práctica del derecho.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 25, 1985, págs. 87-103.

En este artículo el autor se plantea el problema general de que si bien «los actores suelen ya saber por que actúan, cómo actúan y que pueden apoyar tal conocimiento en una semántica elaborada que lo oriente», la sociología tiene que «saber más de alguna manera, que los mismos actores; sea porque relativice su conocimiento como cultura, reduciéndolo a un factor entre los otros determinadores de la acción; sea porque se basa en una sospecha general de la motivación, no asumiendo la convicción del actuante respecto al sentido de su actuación, sino racionalizando su sentido como efecto de socialización, de privaciones o de necesidades de compensación». En este sentido, el autor nos dirá a pesar de que existen investigaciones desde diversos puntos de partida (tales como la teoría de Parsons, el estructuralismo, la técnica empírica del análisis de estructuras latentes...) no hay, todavía, «ninguna satisfactoria *sociología de la teoría jurídica;* y sin ella no puede existir tampoco ninguna sociología satisfactoria del sistema jurídico que se refleje en esa teoría». A partir de este planteamiento, el autor se propone mostrar como «los nuevos desarrollos relativos a una teoría de sistemas autorreferentes abren nuevas perspectivas para esta problemática», centrándose, sobre todo, en la teoría de sistemas «autopoiéticos» (que se producen por medios propios), en los *«second order cybernetics»* (que apuntan a la unión de autorreferencia y observación) y en las investigaciones que consideran a las paradojas de la autorreferencia como incluidas en el cálculo lógico o como hechos en sistemas empíricos.

(J. A. R.)

MANCINI, Pasquale Stanislao.

Sobre la nacionalidad. (Presentación de Antonio-Enrique Pérez Luño y Trad. de Manuel Carrera).

Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

En el pensamiento filosófico-jurídico y político italiano del siglo XIX ocupa un puesto relevante la personalidad y la obra de Mancini. De entre sus escritos, revisten especial interés sus ensayos sobre la nacionalidad, que ahora han aparecido traducidos al castellano en este volumen. La traducción se halla precedida por un cuidado estudio del profesor Pérez Luño en el que tras trazar una sucinta, pero completa, semblanza biográfica de Mancini, expone los aspectos más interesantes de su concepción filosófico-jurídica y de su doctrina sobre el principio de la nacionalidad.
La filosofía jurídica de Mancini aparece, según el análisis de Pérez Luño, muy influenciada por el eclecticismo de Victor Cousin, así como por el saintsimonismo francés, que Mancini asimila a través de Pellegrino Rossi. Son también notables en su pensamiento los estímulos doctrinales de Vico, Romagnosi, Gioberti y Mazzini. A partir de estas premisas teóricas, que inspiran su doctrina, concibe el Derecho como síntesis de la razón y la sensación, de lo real con lo ideal, del conocimiento *a priori* con las experiencias, del principio de la virtud y del de la felicidad. Todo ello tiene como principal finalidad el bien de la persona humana, considerada como producto de una combinación del elemento moral con el sensible.
La gran aportación teórica de Mancini, la que le consagró como una figura del pensamiento jurídico y político del siglo XIX y como fundador de la Escuela italiana del Derecho Internacional, ha sido sin duda su concepción de la nacionalidad es, ante todo, un valor moral, una realidad axiológica que surge de lavoluntad de autonomía y libertad que lo informan y que trasciende la mera angostura empírica de las circunstancias territoriales, étnicas o lingüísticas.

(C. G. T.)

MÁRQUEZ GONZÁLEZ, José Antonio.

Hart y Kelsen: regla de reconocimiento y norma básica.

Persona y Derecho, Pamplona, n.º 12, 1985, págs. 163-188.

En este artículo se realiza una comparación de las teorías sobre la validez de las normas jurídicas sostenidas por Kelsen y Hart. El autor, examina las diferencias que existen entre ambas teorías cuyo centro se encuentra, respectivamente, en la norma básica y en la regla de reconocimiento; la primera, es la clave de una moda formal del Derecho en la que no se admite intromisiones de otras disciplinas que no sean las jurídicas, la segunda, por el contrario, descansa en un fenómeno sociológico cual es la aceptación social. Tenemos así dos concepciones distintas sobre la validez de las normas y, por tanto, dos comprensiones diferentes del Derecho. Sin embargo, a juicio del autor, la cosa no es tan simple como puede parecer a primera vista. Para él, la teoría pura del Derecho no esta exenta de factidad, sobre todo, cuando Kelsen expone las relaciones entre la validez y la eficacia. Para Kelsen existida un nexo entre la eficacia del ordenamiento jurídico y el nacimiento de la norma básica en el sentido jurídico positivo, lo cual no impide que Kelsen siga sosteniendo que validez y eficacia sean dos categorías distintas. En definitiva, norma básica y regla de reconocimiento cumplen funciones ideáticas, pero tienen sin embargo, un distinto estatuto ontológico: mientras la norma básica a una categoría lógico-trascendental perteneciente al mundo del deber ser, la regla de reconocimiento sería una categoría sociológica basada en el fenómeno de la aceptación social. A pesar de esta divergencia radical, el autor señala en las conclusiones que Kelsen acepta un «cierto grado de factidad en el nacimiento de la norma básica, factidad que vincula al concepto de eficacia del orden jurídico, pero sin llegar a constituir nunca la razón de su validez, sino simple condición para su procedencia».

(F. L. R.)

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús I.

La teoría de la justicia en John Rawls (prólogo de J. J. Gil Cremades).

Ed. Centro de Estudios Constitucionales (Colección El Derecho y la Justicia, n.º 4). Madrid, 1985, 210 págs.

El libro se estructura en cuatro capítulos. En el primero, *Introducción*, el autor se centra principalmente en el contexto intelectual e histórico de Rawls. El autor parte de la constatación de que la ética anglosajona de la primera mitad del siglo se halla «bajo el signo de Hume»: todo conocimiento sustantivo deriva de la experiencia sensible; las aserciones morales no entran en el campo de lo verificable; y en la filosofía moral se impone el emotivismo. «Sólo el utilitarismo con su razón instrumental, su neutralidad frente a los deseos de todos... podría ser una ética aceptable. Esta etapa se ha caracterizado sobre todo por la discusión en tomo al utilitarismo, que también fue a su manera la ética de Hume» (pág. 3). A partir de los años cincuenta se producirán intentos de superación del emotivismo invocando en ocasiones motivos kantianos (universalización) y en otras criterios menos formales. Sin embargo, no puede decirse que se avanzara demasiado en lo que es el tema clave, razón y ética, donde esta implicada la misma identidad de la razón. En cuanto al contexto histórico, los años sesenta fueron en Estados Unidos un período de intensa politización y conflictividad social (el problema racial y los derechos civiles, la guerra del Vietnam, la contestación estudiantil...). «En este ambiente, problemas como la justicia distributiva, el poder político... adquirieron dimensiones muy vivas y hay especial necesidad de una teoría de la justicia» (pág. 5).
En el segundo capítulo, *Los presupuestos* de *la teoría*, el autor se propone una progresiva aproximación a la visión de Rawls a partir de un conjunto de cuestiona clave que constituyen los presupuestos de una teoría de la justicia: a) el modo de plantearse el problema de la justicia de manera totalizadora (¿cómo debe ser una sociedad para que sea justa?) operando su restauración, «su recuperación en su carácter total frente a los análi-

MONTORO BALLESTEROS, Alberto.

Notas sobre el razonamiento jurídico y la posibilidad, significación y límites de la lógica jurídico.

Persona y Derecho, Pamplona, n.º 12, 1985, págs. 67-109.

En este artículo, se analiza el ya clásico problema de la posibilidad de aplicación de la lógica al Derecho. El problema previo que se trata de dilucidar es qué se entiende por lógica y, más concretamente, por lógica jurídica. Tomando como punto de partida la obra aristotélica, el autor analiza el alcance de los distintos modos de razonamiento estudiados por Aristóteles: Analítico, Retórico, Dialéctico y Tópico; examinando su significado y función.
A su juicio, el problema crucial de la vida jurídica es la determinación de lo justo; para ello hay dos medios: a) uno extra-racional, propio de los Derechos primitivos y, b) otro racional, vinculado al proceso de secularización de la jurisprudencia; que entiende la creación y aplicación del Derecho como obra exclusiva del razonamiento humano. Ahora bien, si el derecho es obra de la razón humana ¿es esta razón la misma que opera en las matemáticas y en las ciencias empíricas, o es una razón diferente? Ante este dilema hay dos soluciones, según el autor, en las que subyacen concepciones distintas y heterogéneas de lo que es el Derecho. La primera se caracteriza por una «mentalidad racionalista y una concepción legalista del Derecho» como la defendida por el iusnaturalismo racionalista, la escuela de la exégesis, la jurisprudencia de conceptos y, modernamente por concepciones como las de Von Wright, Ross y García Maynez. La segunda solución («mentalidad empírico historicista y concepción no legalista del Derecho») tiene unos antecedentes que se remontan a Aristóteles y a Cicerón, encuentra una elaboración más depurada en la obra de G. Vico; otros de sus representantes genuinos son la jurisprudencia de intereses, el sociologismo jurídico y el realismo americano, y. contemporáneamente, Esser, Perelman, Recaséns, Viehweg yVilley, entre otros. El autor analiza con especial detenimiento los planteamien-

MONTORO BALLESTEROS, Alberto.

Reflexiones sobre el problema actual de la guerra y de la paz internacional.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 163-184.

I. Desde la Antigüedad hasta nuestros días se han desarrollado en la Filosofía de la historia dos líneas de pensamiento acerca de la guerra y la paz. Para una de ellas -representada, entre otros, por Heráclito, Maquiavelo o Hegel y por la actitud de los Estados totalitarios, sean fascistas o marxistas- la guerra es el medio natural del hombre y un factor de progreso moral, cívico y técnico. Para la otra -representada principalmente por el Cristianismo- la paz constituye el valor supremo en cuanto que no es sólo la ausencia de guerra, sino la «síntesis de la suma de todos los bienes» fundamentada en la justicia.
II. La situación política internacional en la que se plantea hoy el problema de la paz y la guerra se caracteriza por la influencia en su configuración de tres importantes fenómenos históricos: a) «El proceso de liquidación de la segunda Guerra Mundial» y sus consecuencias (división de Europa en «zonas de influencia», la «guerra fría», la creación de bloques militares, la política de «coexistencia pacifica»,...). b) «El proceso de emancipación política del llamado Tercer Mundo». c) «La celebración del Concilio Vaticano II».
III. A pesar de sus deseos de paz, el hombre no puede suprimir la guerra; ello es así, en opinión del autor, porque no existe «una autoridad pública universal reconocida por todos con poder eficaz para garantizar la seguridad, el cumplimiento de la justicia y el respeto de los derechos» (tesis del supraestado) y porque el hombre «lleva dentro de sí mismo, junto al deseo de paz, el conflicto, la contradicción y la guerra». Tampoco parece posible limitarla, regularla. Para la teoría de la guerra justa, la moral y el Derecho deben establecer los cauces para que la guerra sea una institución adecuada para realizar la justicia; pero difícilmente puede hoy hablarse

ticos, su rango de primer problema» (pág. 15); b) la concepción del hombre, los rasgos de la antropología de Rawls; c) su visión de la sociedad, las notas de su sociología; d) la crítica a las teorías de ética normativa (el perfeccionismo, el utilitarismo, el intuicionismo, etc.).

En el capítulo tercero, la teoría, el autor procede a analizar críticamente la teoría de Rawls partiendo de las actitudes metodológicas, pasando por todos los puntos nodales de la misma (la posición originaria) y concluye con los principios de justicia.

Por último, el capítulo cuarto, *Consideraciones críticas*, recapitula los «momentos de tensión» dentro de la teoría de Rawls, de los que pueden destacarse los siguientes: a) La circularidad en la argumentación; las premisas (presupuestos antropológicos y sociológicos, metodología) soportan realmente el peso de la teoría y constituyen una «problemática ideología... que apenas esta razonada sino casi siempre dada por supuesta». b) La insistencia en presentar su pensamiento como un esquema de razonamiento deductivo cuando en realidad está actuando en su conjunto como una pieza de argumentación retórica o persuasiva. c) La aceptación no especialmente justificada del mercado como forma más eficaz de distribución y la falta de una discusión seria con el pensamiento marxista. d) La ambivalencia y ambigüedad de su pretendida superación del militarismo, pues «es posible entender rasgos decisivos de la posición originaria como una versión del militarismo de la regla». e) La combinación de elementos procedentes de la sociobiología (fundamento biológico y evolucionista del sentido de la justicia) con pretensiones de ser un teórico de la estirpe de Kant (el puro reino moral de la posición originaria).

(J. A. R.)

tos de Perelman y Villey; para ellos, el procedimiento a través del que se determina lo que corresponde a cada uno no puede ser objeto de ciencia (en sentido fuerte) sino de prudencia, en la que están implicados elementos lógico-sistematicos y pragmáticos.

Kalinowski ocuparla, a su juicio, una posición intermedia entre las dos opciones mencionadas, pues, para él, el razonamiento jurídico tiene una naturaleza compleja en la que se entrelazan elementos de significación lógica (formal), paralógica y extralógica.

En conclusión, para el autor la lógica jurídica comprendería no sólo la lógica deóntica, sino también la Dialéctica, la Retórica y la Tópica jurídica, que tendrían estructuras diferentes tanto por la forma en que trabajan como por el contenido y la distinta finalidad a que obedecen.

(F. L. R.)

de guerra justa -ni siquiera cuando es defensiva- ante el desmesurado potencial destructivo de las nuevas armas y la imposibilidad de establecer límites geográficos al conflicto (además de que la teoría de la guerra justa se basa en una falaz analogía entre la guerra y el procedimiento judicial). Frente a esta situación, el pacifismo no parece solución adecuada ni realista: el pacifismo antepone la paz al resto de valores, por lo que se opone a todo tipo de violencia y en todo momento, así como al rearme, lo que es ciertamente elogiable en el ámbito personal pero implica en el social y político la imposición al Estado de una postura sumisa e indefensa (por ello el desarme ha de ser recíproco; quien defiende un desarme unilateral es un pacifista ingenuo o un falso pacifista que sólo busca debilitar a los demás). La solución que propone el autor al problema de la guerra es la de su prevención mediante una política de disuasión, acompañada de un proceso de «convivencia» y «socialización» entre los Estados que desplace la paz armada (que realmente no es paz) por la paz verdadera; de todas formas es preciso tener consciencia de que la paz «es un valor moral que el hombre sólo podrá alcanzar -junto con su esfuerzo, con su trabajo- con el auxilio de la gracia de Dios y el concurso de su Providencia».

(D. G. L.)

MONTORO BALLESTEROS, Alberto.

Sobre el problema de la legitimación democrática del Derecho y del Estado.

Revista de Estudios Políticos, Madrid, n.º 44, 1985, págs. 137-166.

Este artículo es una réplica del autor a los planteamientos sostenidos por Elías Díaz en su libro *De la maldad estatal y la soberanía popular*, a propósito del libro de A. Montoro Ballesteros *Razones y límites de la legitimación democrática del Derecho.* A juicio del autor, existirían tres errores de base en el planteamiento de Elías Díaz: 1) Atribuir al autor la tesis de la identidad entre Derecho y justicia, cuando en realidad distingue entre una «validez dogmática» y una «legitimidad o validez ética»; 2) Imputarle una concepción absolutista de la justicia cuando, siguiendo la tradición iusnaturalista, ha sostenido que la concreción de la justicia en el Derecho no es algo dado de una manera definitiva sino un producto histórico y problemático; 3) Acusarle de incurrir en la «falacia naturalista», cuando en realidad, partiendo de supuestos suarecianos, ha distinguido entre *la naturaleza misma como fundamento* de la conveniencia o inconveniencia respecto a ella de las acciones humanas, y «una fuerza que hay en esa naturaleza para discernir entre las operaciones convenientes e inconvenientes con esa naturaleza, a la cual llamamos razón natural».
Ante el dilema de la existencia de una eventual contradicción entre el iusnaturalismo y la democracia afirma que en la tradición iusnaturalista, en la que se integra el autor, a) el Estado ha de tener como fin el bien común, b) el Derecho natural debe actuar como límite de la soberanía popular, pues «no existe contradicción alguna en afirmar, por un lado, que la democracia constituye el método mas adecuado para la búsqueda y elaboración del Derecho justo, y decir, por otro lado, que la democracia legítima a quien manda, pero no, necesariamente y en todo caso lo que se manda».

OLLERO, Andres.

Positividad jurídica e historicidad del Derecho.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985. págs. 285-296.

El autor parte de un análisis que le permita valorar «en qué medida la opción por lo 'positivo' contribuye realmente a dar cuenta de la historicidad del Derecho» y, a tal efecto, examina la opción por la positividad desde una triple perspectiva: a) La opción por la positividad responde en muchos casos al afán de garantizar la *racionalidad* científica. El ámbito propio de una jurisprudencia racional exige distinguir el derecho positivo, o puesto, de otros objetos conexos, y esta relación racionalidad-positividad empuja al *normativismo.* b) Desde una perspectiva práctica, la opción por la positividad jurídica refleja a su vez una atención primordial al logro de la seguridad en la convivencia social: el conocimiento, bien delimitado, del alcance del Derecho facilita una fiable previsión de sus consecuencias. Ello empuja a la *no-retroactividad* de las normas jurídicas. c) Tras la opción por la positividad jurídica late, también, una determinada respuesta al problema de la *legitimación* política del Derecho. Se rechaza con ella toda instancia de legitimación que trascienda al derecho puesto, afirmándose la soberanía política en un ámbito secularizado. Ello empuja ahora al *voluntarismo* jurídico.
Pues bien, si irracionalidad, seguridad y legitimación son los frutos esperados de la positividad jurídica, y normativismo teórico-jurídico, no retroactividad de las normas y esquema voluntarista de legitimación parecen ser sus corolarios obligados, el autor se propone ver cómo «enfoques sucesivos de la positividad jurídica, al ir intentando plasmar este programa, se han visto forzados a revisar algunos de sus aspectos ante la presión de determinados factores, expresivos precisamente de la historicidad del Derecho». Y así, a partir de este planteamiento, el autor se detiene en el análisis de los siguientes temas: la «positividad instantánea» del legalismo; normati-

OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio.

El derecho de la paz en la Escuela Epañola de Derecho Natural.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 195-205.

La contribución al Derecho de la paz realizada por la Escuela Española de Derecho Natural, con la determinación de las condiciones que una guerra ha de reunir para que sea justa, es refutada por algunos tratadistas modernos basándose en que tal doctrina dio un realce inmoderado ala licitud de la guerra frente a otras posturas del tiempo defensoras del pacifismo, sirvió de cobertura ideológica para justificar las guerras de religión, y traición el pensamiento de los primeros cristianos acerca de la naturaleza intrínsecamente perversa de la guerra. Es opinión del autor, sin embargo, que la lectura y el estudio directo de los pensadores iusnaturalistas del siglo XVI hace desvanecer estas objeciones. Tomando como punto de partida la consideración de «la paz como motivo obligado de la guerra justa en la teoría agustiniano-tomista», analiza las tesis de Francisco de Vitoria, Diego de Covarrubias y Francisco Suárez estimándolas encuadradas en un contexto más propiamente ético y jurídico que teológico.
Para Vitoria *finis belli est pax.* La paz mundial es un derecho natural primario en la comunidad universal, un fin al que la guerra queda condicionada para su realización. Pero la sola justificación de la guerra como un derecho de gentes (prevalentemente positivo, histórico y mudable) hace que esta tenga una legitimación sometida a la evolución de la vida de los pueblos. Diego de Covarrubías precisó que «la guerra ha de ser sometida al Derecho y a las normas para que no estalle en odios y males sin cuento ni se convierta en instrumento de los más fuertes». Los supuestos en que la guerra es justa se reducen en este autora los casos de la defensa legítima y de la reparación del daño causado, si bien admite la aplicación de la potestad coactiva del poder político

El autor, a continuación, trata de explicitar lo que ha denominado «régimen mixto» que no es idéntico a la democracia pero sí análogo a ella. El tema del «régimen mixto» se reconduce a la dialéctica mayoría/minoría en el proceso de elaboración del Derecho y en el de adopción de decisiones políticas; en todo caso, en el «régimen mixto» hay tareas que competen a una sola persona (principio monárquico), a varias personas cualificadas (principio aristocrático), y a todo el pueblo (principio democrático); ejemplo de este último procedimiento sería el mecanismo articulado para la elaboración de la Constitución española de 1978.
Concluye el artículo con unas reflexiones en torno al dilema democracia-dictadura; concretamente, la tesis central del autor en este punto es la dictadura se justifica «en circunstancias excepcionales en las que el desenvolvimiento de la vida democrática no es materialmente posible, y en virtud del principio de 'legitimidad de ejercicio', el poder legítimo, la autoridad, la posee quien es capaz de crear, dentro de los límites y condicionamientos que toda situación extraordinaria o excepcional comporta, el mínimum posible de orden social, político y económico necesario para el mayor desenvolvimiento de la vida humana. Ello significa, dicho lisa y llanamente, sin ningún género de eufemismos, que en determinadas circunstancias la dictadura -dictadura que no es lícito identificar con tiranía- es el único modo fecundo, civilizado y legítimo de ejercitar el poder».

(F. L. R.)

vismo judicialista y «positividad en cadena»; Una constatación realista: la «positividad sobrevenida»; la dimensión histórica de la positividad como «proceso de realización» del Derecho.

(J. A. R.)

(que no la considera guerra en rigor) en nombre de la comunidad humana. «La comunidad universal representa en la teoría de la guerra justa el poder supremo, por cuyo mandato se procede al castigo del pueblo o de los soberanos causantes del daño inferido». Las guerras defensivas y vindicativas son, en la concepción de Francisco Suárez, las únicas justas, fundándose en el incuestionable derecho a la paz de la comunidad humana. Las calamidades de la guerra son preferibles a los daños causados por la injusticia, porque la guerra persigue la instauración de una paz justa que está basada en los bienes que le son consustanciales: vida de un pueblo, libertad, independencia, identidad cultural y humana, disfrute de derechos civiles y políticos...
En los teóricos de la Escuela Española de Derecho Natural «está suficientemente explicitada la necesidad de buscar una autoridad válida para toda la sociedad humana, que pueda convertirse en tribunal para resarcir las injusticias de unos pueblos contra otros, sin el recurso al castigo bélico».
En fin, el artículo concluye afirmando que la guerra justa es un interludio inarmónico, pero necesario, para reparar la injusticia e instaurar la paz, único derecho natural inmutable.

(A. D. P.)

PATTARO, Enrico.

La razón en el Derecho. Comentario a Norberto Bobbio. (Trad. de Manuel Atienza).

Doxa, Alicante, n.º 2, 1985, págs. 147-152.

Basándose fundamentalmente en Aristóteles, Enrico Pattaro comenta dos puntos de la ponencia publicada en el mismo número de Doxa de Bobbio sobre la razón en el Derecho. El primero se refiere a la distinción entre razón fuerte y razón débil. Según Pattaro, Aristóteles ya recoge la distinción, correspondiéndole a la ciencia y su método deductivo la razón fuerte, y a la prudencia y su método inductivo la razón débil. En definitiva, para Pattaro, la distinción entre los dos tipos de razón no se corresponde con la de nivel de descubrimiento/nive1 de aplicación, sino con la de razón científica/razón prudencial.
La segunda puntualización se refiere a la división entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. Según Pattaro, Bobbio corre el riesgo de confundir la razón fuerte con el contexto de descubrimiento y la razón débil con el de justificación cuando sería posible en realidad efectuar diversas combinaciones entre estos cuatro elementos, que caracterizarían hasta cuatro distintas maneras de entender la razón en el Derecho.

(A. J. M. V.)

PAUL, Wolf.

Las dos caras de la teoría jurídica marxista.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 25, 1985, págs. 137-159.

Este artículo -en palabras del amor- «constituye un intento de inventario. En él se sostiene la tesis de que, en la historia de su desarrollo, la teoría marxista ha sufrido un cambio de paradigma, que obliga a diferenciar la concepción original fundada por Marx (epígrafe II) de la posterior 'evolución marxista-leninista'. Este doble sentido de la teoría jurídica marxista -que no siempre es externamente reconocible en la línea fronteriza que separa las interpretaciones «occidentales» de las «orientales» (epígrafe I)- obedece a razones históricas y sistemáticas. Tal ambigüedad es atribuible, en primer lugar, a las reelaboraciones hechas por los marxistas del socialismo real tras la revolución de Octubre (epígrafes IV y V), pero puede ser asociada, *cum grano salis*, a una aporía inherente a la misma concepción marxiana (epígrafe III)».

(J. A. R.)

PAULSON, Stanley L.

El período posterior a 1960 de Kelsen: ¿Ruptura o continuidad? (Trad. de Josep Aguiló Regla).

Doxa, Alicante, n.º 2, 1985, págs. 153-157.

En este breve artículo, Paulson trata de demostrar el error en el que incurren los autores (como Ota Weinberger) que pretenden ver en la obra de Kelsen dos etapas perfectamente diferenciadas y acotadas en un período anterior y otro posterior a 1960. En su lugar, Paulson propone una evolución que comprendería cuatro o cinco etapas, justificando esta idea en el alejamiento que Kelsen inicia, ya desde 1938, del concepto kantiano de causalidad, y en el creciente escepticismo de dicho autor sobre la categoría de imputación normativa, perceptible en obras anteriores a 1960.

(E. C. M.)

PECES BARBA, Gregorio.

Reflexiones sobre la paz.

Sistema, Madrid, n.º 67, julio 1985, págs. 33 a 43.

Este artículo recoge el texto de la conferencia pronunciada por el autor en mayo de 1985 en la Sociedad de Estudios Internacionales. Toma como puntos de referencia obligados en esta materia dos clásicos: Hobbes y Kant. El análisis del Leviatán le lleva al autora plantearse el siguiente interrogante: «¿la búsqueda de la seguridad a nivel internacional puede seguir el mismo trayecto a través del pacto que condujo a la sociedad civil?» La respuesta consistirla en afirmar que a nivel racional es posible pensar que un consenso entre Estados puede dar lugar a la paz; sin embargo, este planteamiento ha resultado hasta ahora contradicho por la experiencia histórica. A propósito de Kant, el amor se centra en su opúsculo «La paz perpetua», y expresa su convencimiento de que algunos de sus artículos preliminares relativos a la paz entre los Estados son válidos hoy como condiciones de esa paz.
Tras este recorrido queda en pie el interrogante crucial: «¿es posible la paz?» Después de negar la legitimidad del derecho a la guerra (ius ad bellum), el autor sostiene que frente a este dilema caben dos posturas igualmente afirmativas, pero distintas: a) la paz de la disuasión, equivalente a la ausencia de guerra: b) asumir la paz como un valor moral fundamental, «ésta es la respuesta de la ética de la paz, que no se basa en el equilibrio del terror, sino en la creación de condiciones para poder llegar a una organización supranacional que garantice la paz y una organización internacional más justa».

(F. L. R.)

PEIDRÓ PASTOR, Ismael.

El sentimiento de lo justo en Unamuno.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 393-414.

Unamuno piensa que «nada es verdad si no está siendo verdad en nosotros»; y que la verdad nos tiene en sus manos como servidores de la misma. Su filosofía cabe encuadrarla dentro de lo que se llama la «Filosofía del corazón», en la cual saber y sentir, aunque diferenciados, son estados mentales del hombre. Con razón, pues, el que fuera Rector de Salamanca, se preguntaba: «La verdad, ¿se vive o se comprende? Él deseó vivirla. De ahí su afirmación contra Descartes: «Homo sum, ergo cogito; cogito, ut sim Michael Unamuno».
Desde esta perspectiva filosófica enfocó el tema de la personalidad humana y la relación entre persona y sociedad; y entendió la conciencia de nuestra personalidad como «una fusión del saber, el sentir y el querer». El problema para el hombre es acertar en el modo de hacer esa fusión; él indica uno: «el camino derecho es ir por la práctica a la teoría». Subraya, además, el carácter individualista del español y su «gran pobreza de personalidad», lo cual explica su tendencia al «cantonalismo», a «querer destacarse sobre los demás», y su «culto al dogmatismo que corroe».
Mantiene una actitud «antinomista» respecto del Derecho, porque es partidario de «la ley viva e interna procedente de la propia conciencia», pues «quien abriga en su corazón esta ley, esta por encima de la dictada por los hombres». Considera el derecho a la vida como el más fundamental, porque «yo siento, al igual que mis hermanos, que he venido a realizarme, a vivir». Para esto es imprescindible el derecho de libertad, pero subordinado a la verdad moral, «camino para llegar a la verdad lógica»; y subordinado también al bien común. Aquí radica la posibilidad humana de sentir lo justo.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

La paz como valor constitucional.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 125-132.

El profesor Pérez Luño plantea en este trabajo una doble cuestión: a) si la paz puede considerarse un valor fundamental *(Grundwert)* de la Constitución española de 1978; b) de ser así, cual sería su fuerza normativa. Respecto a lo primero, el amor entiende que de una interpretación sistemática y teleológica de nuestra Constitución, en base a su Preámbulo y a los artículos 10.1 y 63.3, así como 93 y siguientes, se desprende la opción inequívoca de nuestra Ley de leyes en favor de la paz. La Constitución española de 1978 puede concebirse, por tanto, como pacifista, en cuanto no supone la defensa de una paz cualquiera, que pudiera basarse en el dominio o en el temor, sino que considera la paz como un valor, cimentado en la decisión consciente del constituyente dirigida hacia el fortalecimiento de unas relaciones de cooperación pacífica entre todos los pueblos de la tierra. En lo concerniente a la fuerza normativa del valor constitucional de la paz, se sostiene en este artículo su triple incidencia como: a) *fundamento* del conjunto de normas e instituciones a partir de la paz social en el plano interno, y en el fortalecimiento de las relaciones pacíficas de cooperación en el externo; b) *orientación* de la interpretación normativa hacia soluciones que fomenten la paz social, así como toda nuestra política internacional en el sentido de un decidido pacifismo; y c) *crítica* de cualquier disposición normativa o actividad de los poderes públicos que menoscabe la paz social o ponga en peligro la paz internacional, así como la consiguiente prohibición de aquellos comportamientos de los particulares atentatorios contra la paz social (tales como el ejercicio abusivo o antisocial de los derechos...) o que entrañen una infravaloración de la par internacional (propaganda de doctrinas belicistas...).

(C. G. T.)

Este sentimiento lo desarrolla a través de las virtudes de la fe, de la esperanza y de la caridad. Respecto a esta última, distingue el sentimiento de compasión, originado «en las entrañas del que sufre viendo sufrir»; y el intelectivo que «brota de la indignación que produce ver sufrir a unos, mientras otros gozan»; «hijo de la ternura aquél, de la rectitud éste». Por eso unas veces brota el sentimiento de justicia del de caridad y otras, éste de aquél. Pero siempre, «los sentimientos son pensamientos en conmoción», Basa la solidaridad en el sentimiento de lo justo. De ahí su rotunda afirmación: «Cuanto más soy yo mismo, más soy de los demás».

Dentro de su evidente posición «existencialista» destaca su gran atención al tema de la «dignidad de la persona humana», distinguiendo en ella su «lado finito y externo» de su aspecto «infinito e interno», tema abordado también por Sergio Cotta en nuestros días, en libro reciente.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

New Technology and Informatics in Free Society.

Informatica e diritto, Florencia, septiembre-diciembre 1984, págs. 41-50.

En este trabajo se aborda la organización de la sociedad en la era de la telemática. Partiendo de las pesimistas previsiones de George Orwell avanzadas en su famosa obra 1984, se comprueba el cumplimiento de su profecía en la sociedad tecnológica actual, si bien Pérez Luño entiende que, por fortuna, no se han confirmado, al menos en gran parte, los terribles presagios anticipados por Orwell. Pero ello no implica que la reflexión orwelliana sobre el riesgo que subyace a determinados empleos de la tecnología haya perdido su sentido, quedando obsoleta. Lo que ocurre es que la lectura de su mensaje conviene hacerla mas en clave de advertencia que de profecía. Sigue vigente de la obra de Orwell su llamada de atención sobre las amenazas que para el futuro de la humanidad pueden derivarse de un desarrollo tecnológico puesto al servicio de una dictadura totalitaria. De ahí que una consideración coherente de esa advertencia deba impulsar a establecer un nexo necesario de continuidad entre el reforzamiento de los derechos humanos, la participación democrática y el desarrollo tecnológico.
Se enjuicia, a continuación, el tema de la denominada «contaminación de las libertades» en la sociedad tecnológica actual. Se exponen aquí algunos de los principales supuestos de atentado a las libertades públicas y a los derechos fundamentales perpetrados a partir de utilizaciones abusivas de la tecnología informática. En especial, se analizan los peligros que desde el punto de vista del control social plantean las técnicas de ficheros cruzados, así como otras amenazas a la privacidad de los datos de carácter personal.
El artículo concluye con la defensa de una opción racional y crítica frente al progreso tecnológico. Dicha actitud debe plantearse como una alternativa frente a las posiciones «apocalípticas» o «integradas», es decir, frente

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Notas sobre filosofía jurídico-político de Juan Ginés de Sepúlveda. En *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en memoria y homenaje* al Catedrático D. Luis Legas y Lacambra (1906-1980).

Ed. Centro de Estudios Constitucionales & Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, vol. II, págs. 233-250.

La controvertida personalidad intelectual de Juan Ginés de Sepúlveda sigue suscitando un interés no sólo doctrinal sino también práctico por la constante actualidad de muchos de los argumentos centrales de su obra (legitimación de la guerra y del recurso a la violencia, impugnación de la libertad e igualdad naturales del género humano, justificación del colonialismo...). Ginés de Sepúlveda, como es notorio, defendió estas tesis frente a los ideales emancipatorios, humanitarios y pacifistas de su gran rival en las controversias sobre la conquista de América, Fray Bartolomé de las Casas. En la proximidad del Quinto Centenario del Descubrimiento resulta de enorme interés la reconstrucción teórica del clima de esa importante controversia, tomando para ello como punto de referencia la reconstrucción del pensamiento de Sepúlveda y su interpretación en los aspectos más decisivos de su doctrina.
Pérez Luño ha trazado una detallada información de la bibliografía básica sobre el *status quaestionis* de la polémica Sepúlveda/Las Casas y, a partir de ahí, ha enjuiciado con especial atención la influencia de la etapa de formación boloñesa como colegial del Real Colegio de España en la ulterior andadura intelectual de Sepúlveda. Se presta también especial interés en esta monografía a las tesis de Ginés de Sepúlveda sobre la servidumbre natural de los indios y a la peculiar hermenéutica de la *Política* aristotélica, en la que Sepúlveda pretende basar su postura.

PORRAS DEL CORRAL, Manuel y LEÓN SENDRA, Antonio.

Notas para un léxico inglés-español de términos filosófico-jurídicos en la teoría de los Derechos de R. M. Dworkin.

Ed. Tipográfica Católica, Córdoba, 1985, 102 págs.

El libro esta dividido en dos partes, una Introducción y un Léxico.
En la *introducción,* se expone *el objetivo* del trabajo: «ampliar los hallazgos actuales en el campo de la lingüística aplicada, donde los estudios interdisciplinares son cada día más frecuentes; de ahí que estas notas pretendan ofrecer un esbozo de lo que en su día ha de constituir el léxico inglés-español que nos hemos propuesto elaborar, en el que a través del análisis de la terminología dworkiniana, pongamos a disposición de los estudiosos de su pensamiento, una herramienta útil de trabajo, que permita eliminar los obstáculos que se le puedan presentar, al facilitarle el sentido de aquellos vocablos más singulares en el ámbito filosófico jurídico». A continuación, los autores, exponen cuál es, a su juicio, *la justificación* de un trabajo de esta naturaleza: «El interés de confeccionar un Léxico especializado, surge de la necesidad de destacar la importancia del vocabulario en la comprensión de la lectura, en cuanto instrumento básico, para subsiguientes avances en el desarrollo científico de cualquier materia». Por lo que se refiere a *la metodología* empleada, los autores describen cual ha sido su modo de operar para realizar este trabajo. Partiendo de la obra de R. M. Dworkin: *Los Derechos en serio,* que es la obra analizada, declaran: «hemos confeccionado un millar de fichas, incluyendo la exacta situación en el texto, de aquellos términos, que a primera vista, nos han parecido de mayor interés y utilidad a nuestro propósito». «En la segunda fase, hemos seleccionado sólo aquellos vocablos que se repiten en el texto al menos tres veces. A continuación hemos analizado cada situación particular de una determinada palabra a fin de indagar en su contexto y así tratar de calibrar los diferentes matices polisémicos del equivalente castellano en idéntica situa-

a aquellas que por rechazar o claudicar ante el fenómeno tecnológico son incapaces de comprender la multiplicidad de sus aspectos e implicaciones.

(R. G. T.)

Al trazar una valoración de conjunto del pensamiento de Sepúlveda, Pérez Luño sostiene que su actitud podría calificarse de paternalista, más que de autoritaria; la libertad sería un término *ad quem* a cuyo disfrute sólo podría llegarse con una fase previa de culturización, sin la cual el ejercicio de la libertad resulta ilusorio.

(C. G. T.)

ción. Finalmente, hemos presentado el trabajo de forma global, en orden alfabético de los términos elegidos y con una misma sistematización».

La segunda parte del trabajo está constituida por el *Léxico* propiamente dicho. Como quiera que no podemos hacer una relación detallada del mismo un ejemplo puede mostrar el modo de proceder de los autores. El adjetivo ABSTRACT, puede servirnos a estos efectos. Para los autores, este adjetivo que aparece dos veces en el texto de Dworkin, lo hace en relación con el sustantivo «right». En ambas ocasiones se refiere a un derecho, si bien la segunda vez se explicita su contenido al abarcar dos diferentes derechos: el derecho a igual tratamiento y el derecho de ser tratado como un igual. El derecho abstracto a igual consideración y respeto, es, para el autor, fundamenta) y axiomático.

(F. L. R.)

RAMOS CENTENO, Vicente.

Moral y utopía. La fundamentación de la moral en el pensamiento de E. Bloch.

Sistema, Madrid, n.º 64, enero 1985, págs. 45-61.

Este artículo está dedicado a la relación entre moral y utopía en el pensamiento de E. Bloch, según este último, las aspiraciones humanas no caen en la nada, «a causa de una naturaleza carente de todo fin». Bloch defiende que «la vida humana no es de la condición de aquel náufrago de la imagen volteriana al que no se pudiera decir sino que siga nadando y nadando, pero que no hay tierra firme alguna. En Bloch no hay una desconexión entre valores y mundo, sin que podamos decir que su filosofía es un naturalismo. En Bloch hay una ética porque hay utopía, «porque el proceso universal es el mismo una función utópica, cuya sustancia es lo objetivamente posible». Pero esta posibilidad utópica, sólo se realizará en la mediación con el factor subjetivo. La nada, el infierno también son posibles». A partir de ahí, el autor prosigue la tarea de desentrañar la fundamentación de la moral en el pensamiento de Bloch y para ello se detiene en los siguientes epígrafes: Contra el círculo fatal; el origen bíblico de la idea escatológica; utopía, teología y moral; el hombre como posibilidad. La utopía como tarea ética humana: marxismo, socialismo y ética: y ¿por qué Bloch?

(J. A. R.)

REALE, Miguel.

Situación actual de la teoría tridimensional del derecho. (Trad. E. Nogueras).

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 25, 1985, págs. 203-224.

El artículo se estructura en cuatro apartados. En el primero *(Observación preliminar)* el autor resalta el hecho de que no se puede hablar de teoría tridimensional del Derecho a partir de la simple constatación de que toda experiencia jurídica implica siempre, de un modo u otro, la correlación de hechos, valores y normas, sino sólo cuando de la citada constatación se infieren consecuencias sistematizadas, lo que puede dar lugar a diferentes orientaciones en un amplio espectro de posiciones. El artículo se dedicará a la clarificación de la posición del autor. En el segundo apartado *(Sentido de las palabras, hecho, valor y norma en el ámbito del historicismo axiológico),* tras exponer biográficamente la génesis de la teoría tridimensional, procede a la definición de valor (es una intencionalidad históricamente objetivada en el proceso de la cultura que implica siempre el sentido vectorial de una acción posible); hecho (es tanto lo que acontece independientemente de la iniciativa humana, pero adquiere significado *inter homines* como lo que es hecho intencionalmente y se refiere *ad alios);* y norma (toda norma jurídica señala una toma de postura ante los hechos en una función tensional de valores). En el tercer apartado *(Dialecticidad de hecho, valor y norma. Dialéctica de complementariedad y «Lebenswelt»)* el autor cifra como momento decisivo de sus investigaciones el «descubrimiento... de la naturaleza dialéctica o dinámica de elementos hasta entonces analizados separadamente (dando lugar a dominios separados de investigaciones, como la axiología jurídica, la sociología jurídica y la dogmática jurídico-normativa) o bien de manera estática sin reconocer su radical historicidad». Desde ese momento hecho, valor y norma se consideran menos como elementos y más como momentos de un proceso, lo cual venía a confirmar que, «siendo el Derecho una

REBUFFA, Giorgio.

El análisis económico del derecho. (Trad. de Mariano Maresca).

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 25, 1985, págs. 161-187.

Este trabajo se estructura en tres apartados. En el primero *(Ciencia económica y ciencia jurídica)* el autor se centra en la idea de que la ciencia económica y la ciencia jurídica se han desarrollado por caminos diferentes con la idea común de que lo que es relevante para los economistas no lo es para los juristas, y viceversa. Ello fundamentalmente, se ha debido a que para la ciencia económica el modelo distributivo (y, por tanto, también las decisiones normativas que permiten implantar un determinado esquema distributivo) es considerado «un dato», y a que la ciencia jurídica ha fijado sus confines en el interior de las normas positivas, negando cualquier relevancia a la indagación sobre los efectos distributivos de las decisiones normativas. A todo esto, según el autor, subyace un postulado común: «la afirmación de que los equilibrios distributivos no están influidos por las prescripciones jurídicas, sino autónomamente determinados por la miríada de decisiones microeconómicas que, en su conjunto, se llaman 'mercado'» (con una doble connotación, descriptiva y prescriptiva). Pues bien, para el amor, el principal carácter del conjunto de doctrinas reunidas bajo la denominación de análisis económico del Derecho radica en el intento de superación de lo anterior estudiando los efectos económicos de las decisionesjurídicas.

En el apartado segundo *(La crítica de Coase y sus consecuencias),* el autor se detiene en la exposición de las tesis de Ronald Coase, cuyo teorema, que pretende identificar el modelo más eficiente (es decir, el menos productivo de costes y efectos externos) de asignación de derechos, supondrá la sustancia de lo que es en la actualidad el análisis económico del Derecho. Y, por último, en el apartado tercero *(Tendencias del análisis económico*

dimensión de la vida humana, compartía, o mejor, expresaba la dialecticidad del hombre, entendido como el único ente que originariamente *es* y *debe ser*, o en otras palabras, como ente cuyo *ser* es su *debe ser*». Y, por último, en el apartado cuarto *(La triple estructura de la experiencia jurídica. Los modelos jurídicos)* tras establecer algunos puntos «sobre la naturaleza estructural del universo jurídico», el autor se detiene en tres especies de estructuraciones jurídicas: las estructuras del Derecho Natural, las estructuras del ordenamiento jurídico-positivo y las estructuras jurídico-hermenéuticas.

(J. A. R.)

del Derecho), el autor se ocupa de los desarrollos de las indicaciones de Coase por parte de Richard Posner y Guido Calabresi, así como de la recepción de las teorías de estos últimos por parte de algunos juristas europeos.

(J. A. R.)

RIVERO, Jean.

Sobre lo evolución contemporánea de la teoría de los derechos del hombre.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 25, 1985, págs. 189-202.

El artículo se centra en la exposición de dos movimientos opuestos en relación con la teoría de los derechos del hombre en los últimos veinte anos.
«El primero es pesimista. Constata que, a partir de una ampliación -a primera vista positiva- del campo de aplicación del concepto, sus fundamentos doctrinales se han erosionado hasta el punto que hoy resulta difícil precisar su definición. Esta erosión culmina con los esfuerzos llevados a cabo en el seno de instancias internacionales para promover 'nuevos derechos del hombre' que completan el cuestionario de la doctrina inicial.
Pero a la inversa, y paralelamente, los últimos veinte años han contemplado el retorno espectacular de una importante corriente de pensamiento relativa a los derechos del hombre, la de la Iglesia católica. A las condenas de que habían sido objeto a lo largo de todo el siglo XIX, ha sucedido, desde 1963 y tras una lenta evolución, una adhesión explícita que ha dado lugar a una profundización y renovación de las bases del concepto».

(J. A. R.)

ROBLES, Gregorio.

Tres tipos de reglas en el Derecho.

Cuadernos de la Facultad de Derecho, Palma de Mallorca, n.º 11, 1985, págs. 113-128.

El Derecho, desde un punto de vista formal o lógico-lingüístico, es un sistema de reglas («llamamos regla a una expresión lingüística dirigida, por su carácter vectorial, a orientar o dirigir -directa o indirectamente- la acción» (pág. 116)) de tres tipos: reglas ónticas, reglas técnico-convencionales o procedimentales y reglas deónticas o normas. Las primeras son aquéllas que crean los elementos ónticos del sistema y se expresan, o son expresables, mediante el verbo *ser*, que en la regla óntica no tiene un carácter descriptivo ni calificativo (razón por la cual la regla óntica no es equiparable a la definición ni al acto de poner nombre a las cosas) pues no se refiere a ninguna realidad preexistente, sino que es la misma regla óntica la que crea la realidad. El segundo tipo de reglas, las técnico-convencionales o procedimentales, son las que establecen cómo tiene que operar el sujeto para que su acción sea jurídica, señalando los requisitos necesarios para que el conjunto de movimientos realizados por el agente pueda ser calificado de acción perteneciente al ámbito. Lingüísticamente se expresan, o son expresables, mediante el verbo *tener que*, que, a diferencia del deber, no acepta la idea de infracción, pues quien no realiza los movimientos exigidos por la regla procedimental no infringe nada, dado que su acción no pertenece al ámbito óntico-práctico que es el Derecho. Por último, aparecen en el Derecho el tercer tipo de reglas, las deónticas o normas, que son las que expresan un *deber* y que, a su vez, son de tres clases: a) normas de conducta, que son las que expresan un deber dirigido a determinados sujetos de Derecho, que no tienen la cualidad de órganos, sino la de súbditos o ciudadanos: b) normas de decisión, que no van dirigidas a los ciudadanos sino a un órgano al que se le impone el deber de decidir; y c) normas de ejecución que son las

RODILLA, Miguel Ángel.

Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el estado de naturaleza.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 229-284.

En este extenso artículo, el autor, tras situar el contexto del renacimiento del contractualismo en la «rehabilitación de la filosofía práctica», la crisis del «Estado del bienestar», la crítica del utilitarismo.., expone las tres direcciones en las que en la actualidad se desarrolla el enfoque contractualista que, en su opinión, suponen tres respuestas diferentes a la situación que ha provocado el referido renacimiento: Buchanan representa un intento de restauración del viejo liberalismo de «ley y orden» frente a un supuesto estado de erosión de la estructura de los derechos individuales al que denomina «la anarquía constitucional de los años 70»; Nozick supone un intento de radicalizar esa nueva versión del liberalismo de *laissez-faire* para el que en Norteamérica se reserva el rótulo de libertarismo: y Rawls, en fin, supone un intento de reformular y proporcionar una nueva base a los ideales del pensamiento liberal-democrático.
Ahora bien, el grueso del artículo consiste en un análisis no del contenido del contrato y de sus implicaciones político-prácticas en cada una de estas teorías, sino del punto de partida de las mismas: de la noción de estado de naturaleza. La razón de ello, según nos dice el autor, radica en que las teorías contractualistas -y especialmente las actuales que recurren a un instrumental conceptual fuertemente formalizado- tienden a presentarse como teorías axiomático-deductivas, lo cual supone que «la carga de la prueba de la aceptabilidad de las conclusiones se desplaza decisivamente a la plausibilidad de las premisas».

(J. A. R.)

que expresan el deber del órgano de ejecución y cuyo contenido es el cumplimiento de lo ordenado por la norma de decisión.

(J. A. R.)

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino.

Teoría de la Institución.

Persona y Derecho, Pamplona, n.º 12, 1985, págs. 189-241.

Este artículo es un análisis de lo que se conoce como concepción institucional del Derecho en sus dos modelos: a) el institucionalismo francés de Hauriou, Renard y Delos; b) el institucionalismo italiano de S. Romano. El autor realiza un estudio de los precedentes sociológicos de la doctrina institucional: Durkheim, Duguit y Gurvitch, poniendo así de relieve cómo el concepto de institución, lejos de ser un patrimonio exclusivo de los juristas, constituye un campo de trabajo de diversas ciencias sociales. En torno al análisis de la institución yen relación con él, convergen varias disciplinas hoy íntimamente vinculadas: Sociología, Lingüística, Derecho, Ciencia Política, etc.
Por lo que al terreno estrictamente jurídico se refiere, el autor examina el institucionalismo francés, en particular la teoría de M. Hauriou -sin que falten referencias a Renard y Delos-, desarrollada en sus obras de Derecho Administrativo. Para Hauriou, la institución es «una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea se organiza un poder que procura órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, tienen lugar manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos y regulados por un procedimiento». Aparece así la institución como una entidad con vida propia dentro de la sociedad, distinguiéndose a la vez de los miembros que la componen.
El autor analiza a continuación la concepción institucional del Derecho desarrollada en Italia por S. Romano. Tras poner de relieve cómo esta concepción está emparentada con la teoría organicista de Otto von Gierke y, en último término, con el historicismo de Savigny, pasa a estudiar la teoría de S. Romano y sus consecuencias

RODRÍGUEZ PANIAGUA, Jose M.ª.

Lecciones de Derecho Natural como Introducción al Derecho.

Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1985 (segunda edición), 213 págs.

Esta edición reproduce la primera de 1983 (ver reseña en el n.º 2 de DOXA) salvo algunas correcciones de estilo y el agregado de un apéndice titulado *El artículo 10.1 de la Constitución Española y la fundamentación ética de los derechos humanos.*

(J. A. R.)

ROJO SANZ, Jose M.ª.

Monopolización del poder, objeción de conciencia y consecución de la paz.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 97-106.

El tema central de este artículo es el del hombre frente a los abusos del Estado, en relación con la paz social e internacional.
Respecto a la paz social se entiende que uno de los principales obstáculos era la concepción weberiana del Estado como monopolizador de la violencia legítima, por lo que la crítica actual del Estado habría de situarse en lo aventurado de dicha atribución, frente a posibles abusos estatales. Desde aquel punto de vista, el derecho quedaría reducido al derecho estatal, haciendo posible, incluso, la negación de la resistencia al mismo, por lo que se hace necesario recuperar la relación entre moral y derecho. En efecto, si la moral no se acepta como fundamento genérico de la obediencia de las normas, entonces todo se reduce al éxito o fracaso en la obtención del poder coactivo y en las posibilidades de la más o menos estricta aplicación de éste.
Aquí aparece la objeción de conciencia como posible fórmula de superación de esta situación. Así, la objeción de conciencia trataría de instaurar un orden social no codificable absolutamente. Al oponerse ala sacralización de la ley, a la obediencia como virtud absoluta y a la divinización del Estado, el objetor niega en definitiva, la razón de Estado.
En el plano de la paz internacional, la existencia de bloques, la dependencia de la economía de la industria armamentista y la miseria de muchos pueblos, se configurarían como los principales obstáculos para la paz.
Por tanto, se ven como necesario la superación de las vías actuales, pasando por la limitación o supresión del armamentismo, por una nueva redistribución de rentas y jornadas de trabajo, así como el logro de la propia

más importantes: el pluralismo jurídico y, por tanto, la negación del monopolio estatal en la producción de normas. El autor, siguiendo a A. Tarantino, sintetiza la concepción de S. Romano en los siguientes puntos: a) en el campo extrajurídico, las instituciones se nos presentan como entes sociales de hecho, caracterizados por tener organización, autonomía y estructura propia; b) existen entes infraestatales, como la familia, que difícilmente pueden considerarse como personas jurídicas; c) hay que crear un concepto jurídico más amplio que el de persona jurídica, que comprenda los entes jurídicos autónomos; d) opera una transferencia del concepto de institución del campo extrajurídico al campo jurídico, afirmándose que todo ente jurídico autónomo es una institución; e) establece que el Derecho es organización, independientemente de lo que organiza, es decir, que «distingue el Derecho del hecho organizado, considerando la organización como forma interna, como estructura de la institución, sosteniendo la equivalencia de los conceptos de institución y ordenamiento jurídico, con lo cual se obtiene una perfecta identidad entre sociedad y Derecho».

Recoge finalmente el autor un conjunto de alegatos, unos críticos y otros defensivos, de la teoría de la institución y compara la concepción de S. Romano con las de Kelsen, Duguit y Hauriou.

(F. L. R.)

autonomía económica y política de los pueblos. En definitiva, suprimir la actual economía militarista exige transformar la sociedad actual en una sociedad no militarizada en lo económico, que prestase una mayor atención a los problemas sociales a nivel mundial.

ROMERO MORENO, Jose M.ª.

El ideal de la paz perpetua en Kant.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 207-216.

Ante la actual situación internacional, que podría ser un «interregno entre dos guerras», cobran especial interés las tesis sobre la paz perpetua que Kant plantea, principalmente, en dos de sus obras: *La paz perpetua y La Metafísica de las costumbres. Doctrina del Derecho.*
Para alcanzar una estable y verdadera paz, destaca Kant varias condiciones, ordenadas en dos niveles según sean requisitos para evitar la guerra o para que la paz sea definitiva. Así, en el primer nivel es necesario «no formalizar ningún tratado particular de paz en el que se mantenga la menor reserva de pretexto para una guerra futura»; prohibir la adquisición por vía patrimonial de un Estado por otro, los ejercitos permanentes, la asunción de deuda exterior destinada a sostener una política exterior agresiva, la intervención o intromisión de un Estado en los asuntos internos de los demás Estados; y evitar aquellos actos que puedan cometerse en tiempos de guerra «que hagan imposible la confianza recíproca como garantía de la paz futura». Y para que la paz se mantenga definitivamente -segundo nivel- se requiere: que todos los Estados tengan una forma política basada en la democracia, que el Derecho Internacional se funde sobre una federación de Estados libres y que se haga real la existencia de «un derecho de ciudadanía universal, con la protección ilimitada de los derechos de entrada y salida, así como el de permanencia de cualquier ciudadano en cualquier parte del mundo». Como puede apreciarse, las relaciones de coordinación y jerarquía de estas propuestas «convierten a esta doctrina en una verdadera estrategia».
Pero «el concepto de paz perpetua, como idea trascendental, no tiene un uso constitutivo. Sólo lo sería en el

RUIZ MANERO, Juan.

Consenso y rendimiento como criterios de evaluación en la dogmática jurídica. (En tomo a algunos trabajos de A. Aarnio).

Doxa, Alicante, n.º 2, 1985, págs. 209-222.

Tras explicar algunas características del modo de hacer filosofía del Derechapor parte de Aarnio (fundamentalmente su proximidad a problemas efectivamente planteados en la dogmática jurídica), Ruiz Manero examina la tesis de Aarnio según la cual el criterio de justificación de construcciones dogmático-jurídicas y de decidibilidad entre construcciones dogmáticas contrapuestas se halla en el consenso de la comunidad jurídica.
La cuestión planteada es: ¿con arreglo a qué criterios puede considerarse que una determinada aseveración normativa -enunciado interpretativo, el más frecuente en la dogmática jurídica- está más justificada que otra aseveración alternativa? Tras deducir de aparentes inconsistencias entre fragmentos de Aarnio que la relación entre el enunciado interpretativo (u opción interpretativa) y sus premisas es deductiva aveces y de mera plausibilidad otras, se llega al problema de justificar estos conjuntos de premisas. Aquí introduce Aamio el consenso, pero no el basado en la aceptación efectiva, sino en la aceptabilidad racional de la interpretación.
Sin embargo, observa Ruiz Manero que en otros trabajos de Aarnio se sitúa este mismo criterio en el rendimiento de cada una de estas teorías dogmático-jurídicas en competencia, es decir, en su potencia resolutiva
Estos criterios sólo parecen poder articularse -en opinión de Ruiz Manero- considerando el de consenso como principal y el de rendimiento como subordinado, por lo que la atención debe concentrarse en el primero.
Yen él ve el autor del artículo algunos obstáculos importantes, como son la dificultad de considerara la «comunidad jurídica» como el ámbito adecuado para que se genere ese «consenso racional» (por depender de interpreta-

SARMIENTO, Augusto.

Textos inéditos de la escuela de Salamanca.

Persona y Derecho, Pamplona, n.º 12, 1985, págs. 243-321.

Este trabajo es la continuación de la edición de una serie de textos inéditos de la «escuela de Salamanca»; concretamente aquí se trata de los textos del tratado *De iustitia et iure* de Mancio, cuya primera parte fue publicada en el n.º 10 de esta misma revista. La preparación de los textos ha estado a cargo de Augusto Sarmiento. En esta segunda parte, se publica un estudio sobre un tema clásico dentro del iusnaturalismo de esa época que, sin embargo, desborda los límites del Derecho natural para conectar con el Derecho canónico, civil e internacional; concretamente, se trata del texto «Del Dominio», que aborda temas que van desde los modos de adquirir el dominio, su traslación y prescripción hasta el estudio de las potestades gubernativas (Parte 5.ª, cuestión 1.ª).

(F. L. R.)

caso de que pudiese ser aplicada a los datos de la experiencia sensible... Por otro lado, la razón humana tiene una inclinación natural, irresistible, a superar esas barreras metódicas; y, en nuestro caso, a afirmar inequívocamente la necesidad de la paz. Hay, en ambos momentos de la afirmación, manifestación de espacios igualmente «naturales» de la esencia humana. Afirmada esta naturalidad en la propia idea trascendental de la razón, lo que se plantea es el uso posible de la misma. La afirmación de la existencia de tal uso es muy claro en Kant; es el uso hipotético, unificador, problemático, que hemos visto denominar regulativo. En la expresión de Kant tales ideas actúan como foco de atracción y unificación de nuestros esfuerzos. Así ocurre también con las ideas de mundo, alma y Dios.

En otras palabras, esta vez del Filósofo: «ya no se trata de contestar a la pregunta de si es realmente posible la paz perpetua, o de si quizá nos hemos equivocado en nuestro juicio teorético si asumimos que lo es. Por el contrario, debemos actuar simplemente como si ello pudiera ser así (lo cual quizá sea imposible) y volcar nuestros esfuerzos en hacerla realidad y en establecer las leyes y condiciones que parecen más acorde con este propósito (quizá aquellas propias del republicanismo en todos los Estados, individual y colectivamente). Trabajando con este fin, podemos esperar acabar con la desastrosa práctica de la guerra...».

(D. G. L.)

ciones establecidas por vía de autoridad), su imposibilidad en una comunidad jurídica donde no exista un acuerdo en torno a los valores básicos (pues el disenso se situaría más allá de las posibilidades de la discusión racional), y el eventual desfase entre las valoraciones predominantes en esta comunidad jurídica y las predominantes en la sociedad.

(M. J. M. C.)

SORIANO, Ramón.

El nuevo jurado español.

Ed. Ariel, Barcelona, 1985, 157 págs.

La presente investigación se centra fundamentalmente en dos campos de estudio: primero, examen y valoración de las argumentaciones juradistas y antijuradistas; segundo, análisis de la forma, competencias y funcionamiento que ha de adoptar nuestro futuro jurado conforme al mandato del art. 125 de la Constitución. Ahora bien, el libro, lejos de ser un estudio puramente procesalista, de carácter técnico y científico-jurídico, constituye una aproximación a la problemática del jurado en cuanto que este es el reflejo institucional de una concepción democrática de la interpretación y aplicación del Derecho: «El jurado es, en efecto, la institución equiparable en el seno del Poder Judicial al Parlamento en el ámbito del Legislativo».
En el capítulo segundo el autor repasa las principales concepciones de la interpretación y aplicación del Derecho (desde el formalismo jurídico, que parece absorber la función judicial en el ámbito de la legislación, hasta la libre creación del Derecho, que convierte a los jueces en legisladores); en el tercero, estudia al jurado como punto de convergencia entre la independencia judicial y el control social de la justicia; en el cuarto, trata el problema de la fundamentación de la institución del jurado dando un repaso a los argumentos de las tesis juradistas y antijuradistas; en el quinto, se detiene en el concepto de jurado, distinguiendo entre el jurado histórico y el nuevo jurado o jurado escabinado; y, en el sexto titulado *Hacia un nuevo jurado español: el jurado de escabinos,* se detiene en las experiencias juradistas europeas (Francia, Italia, República Federal de Alemania y Suiza) y en los precedentes doctrinales y constitucionales para, al final, hacer algunas reflexiones con la mira puesta en la regulación del futuro jurado español.

SORIANO, Ramón.

La paz y la Constitución española de 1978.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, n.º 2, 1985, págs. 133-161.

«La interpretación de la paz como valor jurídico -en palabras del autor- depende de las circunstancias histórico políticas, de la jerarquía axiológica del propio intérprete -ya que la paz es contemplada frecuentemente como un valor formal y consecuentemente secundario en comparación con otros valores materiales y primarios- y de su carácter aséptico o ideológico respecto a su aprovechamiento por las filosofías políticas.
La paz recibe dispares tratamientos doctrinales y jurídico-positivos, pues es un valor de urgencia, de primerísimo orden, cuando falta la convivencia misma de los ciudadanos, pero es relegada a un segundo plano, cuando, por existir, deja el paso a otros valores jurídicos que vienen a ocupar el nivel de urgencia abandonado por la paz ya conquistada. Esto explica que se valore especialmente la necesidad de la paz en las relaciones internacionales, ya que aquí el *bellum omnium in omnes* del estado de naturaleza hobbesiano es todavía desgraciadamente una realidad que salta a la vista, mientras que en las relaciones internas de los Estados sólidos la paz no comporta esta acuciante premura. Como advierte Harich, uno de los autores mas preocupados por la amenaza de una guerra nuclear, la paz es todavía el valora construir en las relaciones supra-estatales, cuya atención absorbente apenas deja lugar para atender a otros objetivos».
«En nuestra Constitución -continúa el autor- la paz está presente como valor jurídico en las relaciones internacionales y en las relaciones internoestatales de la convivencia ciudadana; pero en ambos aspectos, a mi juicio, la referencia constitucional es excesivamente comedida. No hay un compromiso desarrollado del Estado en pro del mantenimiento de la paz internacional, ya que el mero propósito del preámbulo constitucional en este senti-

SOSA MORATO, Beatriz Eugenia.

La noción de derecho en «Los Seis Libros de la Justicia y el Derecho» de Luis de Molina.

Ed. Eunsa, Pamplona, 1985, 414 págs.

El presente volumen recoge un extenso trabajo sobre la noción de Derecho en el jesuita castellano Luis de Molina (1535-1600). La obra se estructura en tres capítulos. En el primero de ellos, *Marco histórico-doctrinal,* la autora ubica a Molina en su tiempo marcando las circunstancias que repercuten en su obra y esboza «los presupuestos doctrinales que tienen interés en su sistema jurídico». En el capítulo segundo, *De la justicia en general y de sus clases,* «presenta una visión sinóptica de la justicia y sitúa al Derecho como el objeto propio de la misma». El tercero, *El Derecho* (I. La noción de derecho y II. La división del derecho), que es el capítulo central de la obra, «tiene por objeto de estudio al Derecho mismo».
La obra además se ve complementada por ocho anexos (1. tabla cronológica de Luis de Molina; 2. relación de los temas estudiados por Molina durante su magisterio en Evora; 3. esquema de concordancias entre el *De Iustitia et Iure,* su edición castellana y los temas tratados en la obra; 4. cuadros sobre las ediciones del *Iustitia et Iure;* 5. tabla sobre el proyecto inicial de la obra de Molina y las publicaciones hechas hasta 1600; 6. presentación cronológica de algunos autores pertenecientes a la Escuela española de Derecho natural; 7. tabla cronológica de las obras escritas en los s. XVI y parte del XVII sobre la justicia y el Derecho; 8. tablas de las fuentes que en cada tema utilizó Molina) y una bibliografía.

(J. A. R.)

Por último, el libro contiene un capítulo final de conclusiones de las que pueden destacarse las siguientes: 1) El art. 125 de la Constitución no tiene un carácter meramente orientativo o programático, ni tampoco, contiene una remisión facultativa a la ley, de modo que sea el legislador quien aprecie la conveniencia o no, en un momento dado, de legalizar el jurado, sino que, muy al contrario, ordena expresamente la elaboración de una ley de jurado, dejando carta blanca sobre los términos de esta regulación. 2) El futuro jurado debe adoptar la forma de un jurado de escabinos, que es una institución sólidamente asentada en los ordenamientos jurídicos europeos. 3) El jurado de escabinos, que conjuga la representación popular y la representación técnica, debe primar la representación ciudadana para que ésta no sea un mero complemento sino una realidad, alcanzando el relieve y la eficacia proclamados en la Constitución.

(J. A. R.)

do no es acompañado de fórmulas de autolimitación de la soberanía nacional, como es el caso de otras constituciones europeas. Por otro lado, la paz como valor interno-estatal no recibe un tratamiento prioritario constitucional, como otros valores jurídicos, pues además de estar ausente del artículo 1.1 de la Constitución -que es donde, a mi parecer, debía haberse incluido-, cuando aparece en el artículo 10,l ya fuera del título preliminar, se muestra apoyado en unos fundamentos liberal-conservadores que lastran en gran medida su significado y extensión y permiten una interpretación restrictiva».

(A. D. P. y D. G. L.)

VERNENGO, Roberto-J.

Validez y verdad en la «Teoría de las normas», de Hans Kelsen.

Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, n.º 25, 1985, págs. 13-28.

El artículo arranca con una breve exposición a propósito de las diversas opiniones vertidas por juristas dogmáticos y filósofos del Derecho sobre la estructura lógica del discurso de la teoría general del Derecho: por un lado, están quienes afirman que la ciencia del Derecho no sería aceptable de no satisfacer un mínimo de logicidad y, por extensión, que el objeto de estudio -las normas- debe estar sujeto acondiciones formales de consistencia y deducibilidad; y, por otro lado, están quienes niegan el carácter lógico de la ciencia dogmática y que, además, sostienen que el Derecho mismo no tiene una estructura lógica «que autorice a implantar exigencias de consistencia y deducibilidad». La cuestión crucial -para el autor- reside en precisar cuáles son las propiedades semánticas características que pueden atribuirse a las normas. En este sentido, constata que la propiedad característica que ha sido generalmente propuesta en el discurso normativo, como afín ala verdad en el discurso declarativo, es la validez: así como las proposiciones pueden ser verdaderas o no, las normas (al menos las jurídicas) pueden ser validas o no. A partir de este planteamiento, el autor se adentra en el análisis de algunas de la conclusiones que Kelsen formuló al respecto en su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen.*
Del análisis del amor pueden extraerse, al menos, las siguientes conclusiones: A) En Kelsen el concepto de «validez» tiene diversos sentidos: 1) validez en relación a un enunciado normativo bien formado (acto de voluntad destinado a producir un cambio en la conducta ajena con una suficiente determinación de sus ámbitos de aplicación); 2) validez en relación a un deber de observancia de las normas; y 3) validez en relación a aquellas normas derivadas lógicamente según reglas de inferencia admitidas incluso en los lenguajes natura-

WALTER, Robert.

Las normas jurídicas. (Trad. de Manuel Atienza y Heike Cordes).

Doxa, Alicante, n.º 2, 1985, págs. 107-115.

Un aporte singular en la elaboración de la tipología de las normas jurídicas lo constituye este trabajo de R. Walter a partir de la piedra angular colocada por H. Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho,* y aprovechando materiales de la *Teoría General de las Normas.*
Sin olvidar que las normas de mandato están en el centro del ordenamiento, R. Walter considera que también hay otras, en conexión con ellas, que no prescriben una sanción, sino que autorizan la producción de normas de comportamiento dotadas de obligación, o autorizan la aplicación de estas mismas, e incluso que pueden autorizar la producción de las propias normas de autorización citadas.
Por otra parte, si todas las normas jurídicas son normas de obligación y/o de autorización (pues no parece necesario aceptar la existencia de las denominadas «de permisión», inmersas en una u otra categoría) ¿cómo encuadrar las que, por ejemplo, derogan la obligación mandada? La conclusión es evidente: hay normas con función propia, las de derogación, no reducibles a ningún otro tipo.
Todas estas normas, su graduación, las cuestiones de su correlación, y los conflictos que se pueden plantear entre ellas y su posible solución, junto con una breve disgresión sobre normas y prescripciones jurídicas, ponen fin al trabajo, quedando patente para el autor la importancia y necesidad de alumbrar esta nueva manera de ver el «deber», y, con ello, comprender mejor los diversos tipos de normas.

(A. A. L.)

les. B) Kelsen rechaza que puedan caracterizarse como verdaderas las normas válidas en cualquiera de los tres sentidos referidos. C) Esta no aceptación de la calificación de verdaderas alas normas válidas en el tercer sentido de validez se debe, tal vez, a que Kelsen opera con una concepción de la verdad como correspondencia, que deja «fuera de juego la verdad como coherencia con las reglas sintácticas de un lenguaje y la verdad formal de ciertas relaciones de derivación».

(J. A. R.)

Presentación

Los deberes positivos
Ernesto Garzón Valdés
Los deberes positivos generales y su fundamentación
Juan Carlos Bayón
Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites (Observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés)
Francisco Laporta
Algunos problemas de los deberes positivos generales (Observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés)
Ernesto Garzón Valdés
Algunos comentarios críticos a las críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta
James S. Fishkin
Las fronteras de la obligación

Las ficciones en el Derecho
Aulis Aarnio
Persona jurídica, ¿una ficción?
Enrique E. Marí
Racionalidad e imaginario social en el discurso del orde n
Manuel Calvo García
La voluntad del legislador: Genealogía de una ficci ón hermenéutica
José Juan Moreso Mateos
Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis
Rafael Hernández Marín
Ficciones jurídicas
Claudio Souto
La ficción de la autosuficiencia en los saberes jurídicos fundamentales

Artículos
Javier Muguerza
Razón, utopía y disuto pía
Juan Ruiz Manero
Sobre la crítica de Kelsen al marxismo
Roberto J. Ver nengo
Sobre algunos criterios de verdad normativa
Marshall Cohen
Escepti cismo moral en las relaciones internacionales

No tas

Ma nuel Jiménez Redondo
Preci siones sobre Rawls
Roberto J. Vernengo
Ciencia jur ídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del Derecho?
Manuel Atienza
Sobre la Jurispru dencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo
Roberto J. Vernengo
Réplica a la respuesta de M. Atienza

Entrevista
Manuel Atienza y Juan Ruiz Ma nero
Entrevista con Felipe González Vicén

Bibliografía
Josep Aguiló Regla y Francisco López Ruiz (coords)
La filosofía del Derecho en España (1985)