B I B L I O G R A F Í A

(1 9 8 9)

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA (1989)

Esta sección ha sido coordinada por Daniel González Lagier y Ángeles Ródenas Calatayud. Las reseñas que no aparecen firmadas han sido elaboradas por los propios autores de los artículos o libros objeto de las mismas.

ALARCÓN CABRERA, Carlos.

En torno a la lógica deóntica del Último Kelsen

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm, VI, 1989. págs. 313-337.

«Kelsen rebate dice el autor las ideas de todos aquellos que presentaron las relaciones normativas como relaciones lógicas, y lo hace en base a su concepción de la validez de las normas como hecho directamente dependiente del acto de voluntad creador de las mismas. Así, las principales reglas lógicas, el principio de no contradicción y la regla de inferencia, no rigen entre las normas. Y lo que, como ha puesto de relieve A. Conte, podría parecer paradójico al mostrarse negativamente, no es sino tautológico. Que el principio de contradicción no esté vigente entre las normas significa que "Si una norma existe, siempre existe", al margen de que también existan normas con las que entre en conflicto, y que la regla de inferencia no esté vigente entre las normas significa que "sólo si una norma existe. entonces existe", al margen de las deducciones racionales que se desprendan de ella.
Kelsen -continúa el autor asemeja la ciencia jurídica a las ciencias de la naturaleza en lo concerniente a la aplicación de los principios lógicos. La lógica rige en las ciencias naturales y, en la ciencia jurídica, aunque no en sus respectivos objetos, la realidad natural y, la norma jurídica, pero la semejanza se rompe en el sentido de que la norma jurídica, al contrario que la realidad natural, se puede plasmar en proposiciones que expresan ideas abstractas y que son susceptibles de ordenación lógica. A pesar de que no hay una lógica específicamente jurídica, la lógica ordinaria sí opera entre las proposiciones descriptivas de la ciencia jurídica e, incluso, en cierto modo, entre las normas (...).
Kelsen piensa que la confusión entre la supuesta lógica de las normas y la lógica de las proposiciones normativas se debe al hecho de que normas y proposiciones sobre normas presentan a menudo la misma forma externa lingüística (...).
Si lo único que distancia a las proposiciones de las normas son sus diferentes rasgos semánticos, parece difícil negar la introducción de parámetros lógicos válidos para el mundo de las normas. Pero Kelsen, y con él todos los autores expresivistas, no conciben las normas como un tipo específico de enunciados, sino como el resultado de una determinada acción que realiza el orador. Bulygin ha llegado a decir que la diferencia entre una aserción, una pregunta, un mandato y una conjetura no reside en el significado de la oración utilizada, sino en el "diferente uso de una y la misma oración". Y si la normatividad consiste en un determinado uso del lenguaje y las normas son la expresión del acto de voluntad, no pueden ser inferidas lógicamente.
La clave del rechazo a la lógica deóntica estriba en que la diferencia entre una proposición prescriptiva y una proposición descriptiva no es sólo semántica, sino también pragmática. Y la prueba de ello es que si sólo conocemos datos semánticos no es tan fácil distinguir con certeza las normas de las proposiciones descriptivas sobre normas.»

(Daniel González Lagier)

ALEXY, Robert.

Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo)

Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. 346 páginas.

La tesis fundamental de este libro (la edición original alemana es de 1978) es la consideración del discurso jurídico de la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico general. Para ello, el autor procede efectuando tres pasos sucesivos que se corresponden con las tres partes de la obra.
En la primera, Alexy pasa revista a una serie de teorías sobre el discurso práctico. En particular, examina diversas concepciones de la ética analítica (el naturalismo e intuicionismo; el emotivismo, las concepciones de Wingenstein, Austin, Hare, Toulmin y Baier), la teoría consensual de la verdad de Habermas, las teoría de la deliberación práctica de la escuela de Erlangen y la teoría de la argumentación de Perelman. En la segunda parte, e inspirándose esencialmente en la concepción de Habermas, Alexy presenta una teoría del discurso práctico racional general que sistematiza en una serie de reglas y formas de dicho discurso. Finalmente, en la tercera parte del libro, se formula una teoría de la argumentación jurídica en cuanto caso especial de la argumentación práctica general. El discurso jurídico es para Alexy un supuesto de discurso práctico racional, porque en el mismo se erige también una pretensión de corrección: y es un caso especial, porque las decisiones jurídicas sólo se pretenden correctas en el marco de un ordenamiento jurídico vigente (esto es, bajo las condiciones limitadoras de la ley, el precedente y la dogmática). Por otro lado, Alexy distingue entre las reglas y formas de la justificación jurídica interna (se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas), y la justificación externa (su objeto es, precisamente, la corrección de dichas premisas), centrándose en este último tipo de justificación que constituye el núcleo de la argumentación jurídica. La edición castellana incluye además, como postfacio (y en esto se diferencia de la edición original alemana y de la traducción inglesa aparecida también en 1989 en la Oxford University Press), la respuesta de Alexy a las críticas de que ha sido objeto su teoría por parte de diversos autores de lengua alemana.

(Manuel Atienza)

ÁLVAREZ, Norberto, y MUÑOZ DE BAENA, J. L.

Introducción filosófica al Derecho.

Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989, 244 páginas.

El libro, que es, como su título indica, una introducción filosófica al derecho, consta de 21 lecciones en las que se condensan los clásicos temas de la filosofía del derecho, presentadas en criterio eminentemente pedagógico, dado que el público al que van dirigidas las lecciones, preferentemente, es a los alumnos del primer curso de licenciatura en derecho. A éstos -en concreto de la universidad de Alcalá- está también dedicado formalmente el libro.
Estas 21 lecciones, en las que, como se dice, se condensan los clásicos temas de la materia, son agrupables también en las tres partes de la disciplina filosófico-jurídica según su clásica estructuración: Ontología Jurídica, Axiología Jurídica y Metodología Jurídica. A la primera se dedican las ocho primeras lecciones del libro. En ella se presenta un concepto de Derecho, en cuya presentación se insiste más en el aspecto de «derecho subjetivo» que en el de «derecho objetivo». El mejor tratamiento científico, pues, del primero de los aspectos del concepto hace quizá menos pedagógicas las páginas dedicadas al mismo, aunque manteniendo perfectamente la claridad expositiva.
Con el fin de conseguir esta clarificación conceptual se dedican varias lecciones a delimitar el derecho de otras figuras constituidas también por normas y, así, afines. Son éstas la Moral y los Usos Sociales. A la primera dedica el libro dos lecciones. Una primera a la presentación de criterios de diferenciación con respecto al derecho, que desde Kant vienen considerándose como básicos por un importante sector de la doctrina. Una siguiente lección está dedicada a presentar las críticas a los criterios de diferenciación vistos en la lección anterior.
En relación con uno de los criterios de diferenciación entre el derecho y la moral -el de la presencia o ausencia de la fuerza- el libro dedica una lección a estudiar las distintas maneras de entender la presencia de ésta en el derecho. Después de una introducción a la lección, el autor se refiere a las diversas formas de entender la misma, diferenciando en un primer epígrafe la coacción y la sanción y haciendo referencia en el siguiente a la diferencia entre coacción y coercibilidad, así como a las posturas doctrinales que consideran esencial al derecho una u otra manifestación de la fuerza. Un siguiente epígrafe hace referencia a la tesis de Alf Ross en relación con este problema, para quien la juridicidad de la norma, en lo referente al carácter esencial de la fuerza, consiste, no en estar respaldada dicha norma en la fuerza, sino en estar referida dicha norma a la aplicación de la misma. En un siguiente epígrafe en el libro se mantiene la tesis de que la fuerza es elemento esencial al derecho, aunque con unas razones diferentes a las expuestas por los sectores de la doctrina hasta aquí analiza dos. Los dos últimos epígrafes se refiere, el primero a las relaciones entre derecho y legitimidad, exponiendo en qué sentido ésta es esencial a aquél; y el último al origen histórico de la fuerza en el derecho.

En esta misma parte del libro, dedicada a la Ontología Jurídica, se estudia en una de sus lecciones el concepto del derecho desde la perspectiva marxista, a través de la doctrina de los autores que con una tal línea metodológica lo han estudiado.
La parte del libro dedicada a la *Axiología Jurídica* estudia en seis lecciones los clásicos valores de Seguridad y Justicia. Estudiando el último, se dedica una lección a la Justicia en sentido formal, y tres, a iniciar al alumno en la Teoría General de los Derechos Humanos, en cuanto que es la concepción material de la justicia de mayor difusión actual.
La tercera parte, dedicada a la Metodología Jurídica, la integran seis lecciones, que estudian las principales corrientes metodológicas en el actual momento iusfilosófico. Empieza esta exposición por la llamada *Escuela de la Exégesis*, siguiendo por la Escuela Histórica y la Jurisprudencia de conceptos, el Positivismo formalista de Kelsen y el realismo jurídico de Alf Ross.
El concepto de la disciplina (Filosofía del Derecho) con sus partes se presenta en la primera lección del libro.

ÁLVAREZ, Norberto.

La Universidad Española Actual como Aparato Ideológico del Estado.

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, Núm. 74, 1988-89, págs. 83-91.

En un espacio de nueve páginas el autor desarrolla un análisis critico del funcionamiento y estructura de la actual universidad española en el que la tesis central que se defiende es que la misma constituye esencialmente una región de aparato ideologizador del Estado con el que éste y el sector social dominante consiguen el consenso.
Al efecto de situar la universidad en el concepto de tales aparatos, el artículo empieza presentando el concepto de aparatos ideológicos del Estado, tomando para ello como punto de partida el concepto elaborado por Gramsci con las matizaciones y desarrollo doctrinal que los sociólogos posteriores (especialmente Althuser y Poulantzas) presentan. Centrado ya el artículo en el tema de la universidad como aparato ideológico, el autor, después de destacar el escaso papel de la misma en la preparación técnica y humanística del alumno, desarrolla la tesis de que tal ausencia de preparación, que tiene su causa inmediata en la deficiente dotación de medios de la institución, concuerda con el interés del grupo dominante de mantener las estructuras actuales. Basa esta postura en lo siguiente: A partir de la actual masificación universitaria, una universidad bien dotada facilitaría la preparación técnica y doctrinal de un amplio sector de la población; pero, dado que la sociedad española del futuro no gozará de un desarrollo técnico suficiente para poder colocar bien a los futuros licenciados y doctores, el que éstos (en paro o subempleados) gozaran de una deficiente preparación supondría un serio peligro para el sistema vigente.
Unido a esto el autor insiste en una serie de técnicas y costumbres universitarias tendentes a inculcar en el universitario (como ciudadano) un espíritu acrítico que facilite la subordinación a la ley y a la autoridad, sólo por ser formalmente ley y formalmente autoridad. Son éstos entre otros, el estudio memorístico de textos y códigos a los que se presenta como leyes o tesis indiscutibles, que el discente no puede más que atacar. Y, unido a esto, el respeto que infunde la categoría profesional de los catedráticos, que contribuye a inhibir el espíritu crítico del joven frente a las tesis expuestas por aquéllos.
El artículo se refiere en su última parte al papel ejercido en la universidad por el profesorado formalmente comprometido con un partido, argumentando sobre la -a juicio del autor- improcedencia de una tal vinculación desde el punto de vista de la función universitaria. En este punto el autor se refiere a dos tesis de los profesores Elías Díaz y Peces-Barba, no del todo compartidas.

AÑÓN, María José.

Democracia, disidencia y participación. Un caso paradigmático.

Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu, vol I, Universidad de Valencia, 1989, págs. 35-47.

El eje central de este artículo se sitúa en la posibilidad de convergencia entre disidencia y participación en el marco de la realización cotidiana de la democracia. Análisis que arranca de la toma de posición de un autor como A. Camus cuyas aportaciones a este respecto pueden servir como pauta para la reflexión sobre la posibilidad de disidencia, frente a formas de pensamiento y, de organización social que abierta o subrepticiamente uniforman, catalogan y dogmatizan, sobre la recuperación del estatuto de ciudadanía por parte de los individuos y grupos sociales y, por tanto, sobre la dimensión del compromiso en la praxis socio-política.

ASÍS ROIG, Agustín E. de.

Discriminación por razón de la raza.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, núm. 5, 1988-1989, págs. 9-26.

En opinión del autor, aunque «la discriminación racial parecía ser un problema superado en la Europa Occidental contemporánea» ello «no significa que podamos afirmar que no existen problemas de discriminación racial dentro de nuestro ámbito geopolítico. Recientemente, el desempleo, descenso de la natalidad e inmigración a los países ricos de mano de obra evidentemente más barata, han hecho renacer estos problemas con gran virulencia dentro de los países industrializados y han sido la causa última de la reaparición en la esfera política de partidos de extrema derecha».
Para tratar este tema el autor estudia, en primer lugar, el «sentido especifico de la idea de discriminación» y en concreto la discriminación por razón de la raza. A continuación se ocupa de la sentencia de 13 de enero de 1988 de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo.
«Como resumen -señala el autor- podemos indicar que la discriminación, y en especial la que puede producirse por razón de la raza tiene una caracterización diferenciada de la mera y simple aplicación del principio de igualdad, sin perjuicio de que sea éste el precepto constitucional sobre el que se construya su protección. Su componente de hecho o situacional, su proyección colectiva, le caracterizan a la hora de apreciar su existencia, así como en el momento de establecer el ámbito de legitimación.
Sin embargo -continúa el autor-, el medio procesal únicamente puede ser expresión de esa lucha esquina a esquina, puerta a puerta, derecho a derecho, con esas diferenciaciones vejatorias para la dignidad humana fundamento de los derechos humanos y de la paz social misma, que tienen su origen en perjuicios que nuestro ordenamiento jurídico parece proscribir. Sin embargo, su eliminación total exige la acción positiva, la corresponsabilización de los poderes públicos, como parece apuntar la sentencia que comentamos.»

(Daniel González Lagier)

ASÍS ROIG, Rafael de.

Algunos aspectos del Derecho natural en la obra de los civilistas españoles.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, núm. 5, 1989, págs. 267-307.

«Es común en la doctrina civil española -dice el autor-, el dedicar numerosas líneas de sus obras al Derecho natural, así como el intentar construir sus "Teorías Generales" a partir de éste. En el presente artículo voy a exponer estas construcciones doctrinales con la idea de intentar esclarecer, completando una reflexión anterior, si es posible elaborar una Teoría del Derecho desde estas posiciones y también, si es compatible este Derecho natural con el marcado positivismo que se halla en la obra de estos autores cuando abandonan sus introducciones y se ocupan de temas especiales (...). Así, el punto de partida va a ser la exposición de la idea del Derecho natural y de sus distintas concepciones, señalando algunos problemas que pueden presentar. Seguiré con el contenido de ese Derecho natural, tal y como es entendido en la obra de éstos autores, para a continuación examinar la relación entre el Derecho positivo y el Derecho natural, Seguidamente haré una pequeña alusión al tema de la importancia que dan al Derecho natural en lo referente a las fuentes del Derecho, Y, por último, señalaré una serie de conclusiones que creo pueden obtenerse de este estudio».

(Daniel González Lagier)

ATIENZA, Manuel.

Contribución para una teoría de la legislación.

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 385-403.

El autor parte de considerar el proceso de producción de las leyes la legislación como una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos editores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores. Al mismo tiempo, propone cinco modelos, ideas o niveles de racionalidad, desde los que puede contemplarse la legislación: una racionalidad lingüística, en cuanto que el emisor (editor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (el destinatario); tina racionalidad jurídico-formal, pues la nueva ley, debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico; una racionalidad pragmática, pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la lev. una racionalidad teleológica, pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una racionalidad ética, pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética.
A partir de aquí se plantean dos tipos de análisis: interno y externo. El análisis interno consiste en mostrar cómo cada modelo o idea de racionalidad construye de una cierta manera los elementos de la actividad legislativa, permite distinguir ciertas disciplinas que cumplen un papel rector de otras que tienen un carácter simplemente auxiliar, define una noción de racionalidad, y sugiere qué técnicas utilizar para incrementar la racionalidad. En el análisis de tipo externo cabe, a su vez, distinguir dos niveles o fases. El primero es no nivel de análisis más bien estático, en cuanto que consiste en mostrar cómo se relacionan entre sí (pero abstractamente, prescindiendo del proceso *real* de la legislación) los diversos tipos de racionalidad antes indicado. El segundo implica un análisis dinámico, en cuanto que pretende poner de manifiesto cómo pueden combinarse estas nociones de racionalidad para dar cuenta del proceso real de la legislación.

ATIENZA, Manuel, y GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

Entrevista a Ulrich Klug.

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 509-519.

En esta entrevista, a propósito de ocho preguntas Ulrich Klug trata temas como la situación en la universidad alemana en su época de estudiante, las etapas de su pensamiento, sus contribuciones a la lógica jurídica y sus opiniones sobre cuestiones de filosofía política y moral.

(Daniel González Lagier)

BALLESTEROS, Jesús.

Postmodernidad: decadencia o resistencia.

Ed. Tecnos, Madrid, 1989, 158 páginas.

«El presente ensayo -dice el autor- está ordenado alrededor de varios ejes centrales:
A) La época histórica que se conoce de modo prácticamente unánime como «Tiempos Modernos» se habría constituido a partir de mediados del siglo XV bajo el signo de la primacía del «mercado», pero habría mantenido una cierta autonomía de la esfera política (en la que se habría desarrollado la idea de los derechos humanos) y, de la esfera cultural (que habría conducido finalmente a la tesis del arte por el arte).
La realidad de la autonomía de cada una de estas dimensiones sociales vendría dada por su diferente fundamentación epistemológica y antropológica y su diferente organización.
a) La Modernización económica seria al hombre como un ser que intercambia mercancías, preocupado sólo por su lucro individual, y potenciaría lo visual, lo cuantitativo y lo disyuntivo (...).
b) La Modernidad política a partir del siglo XVIII vería al hombre fundamentalmente como *citoyen*, y sus armas serían fundamentalmente la libertad de opinión, y el derecho de crítica.
c) El Modernismo cultural, surgido a comienzos del siglo XIX, mostraría un claro sentido de hostilidad a la Modernización, al defender la supremacía de las cualidades secundarias, de la sensualidad y, en definitiva de los impulsos inconscientes, contra el predominio de la racionalidad geométrica (...).
B) Esta autonomía de esferas sociales está desapareciendo paulatinamente en el presente, en la medida en que la economía-mundo extiende cada vez más su poder. La política abandona toda pretensión de domeñar la esfera mercantil, y va recogiendo miméticamente sus procedimientos, de tal forma que importa va de hecho más la marca (o el logotipo) que la ideología. A medida que la democracia degenera en *democrature*, avanzan los estudios del "análisis económico del derecho y de la política". La cultura y el arte, a su vez, se van convirtiendo en un elemento de consumo más, en algo fragmentario y placentero a yuxtaponer a lo analítico y aburrido, propio del tiempo de la producción.
C) El avance del economicismo como interpretación hegemónica de la realidad humana y social va acompañado en el plano de la realidad fáctica de la degradación del medio ambiente, de la depauperación del tercer y cuarto mundo, del aumento del riesgo de una guerra nuclear y de la generalización de la anomia, y la alienación.
El éxito del capitalismo en el mundo es lo que más ha contribuido a arruinar la tesis del progreso necesario como postulado fundamental de la Filosofía de la Historia. Lo que ha fracasado, o está fracasando en el capitalismo, es precisamente su clamoroso éxito (Wallerstein lo ha comprendido bien).
D) Pero el fracaso de la ideología del progreso inevitable, eje de la Modernización tecnocrática, es afrontado hoy día de un modo bien diverso y ambiguo (...).
En efecto, lo que el propio sistema hegemónico de la economía-mundo se empeña en presentar como única forma de postmodernidad, el postestructuralismo francés y el significativamente llamado

pensiero debole, no es otra cosa que simple decadentismo, abandono de la racionalidad, de la comunicación, y aún de la misma idea de hombre.
E) Ante la evidencia del fracaso de la idea de progreso como necesidad histórica, existe, sin embargo, otra postura bien distinta de la del decadentismo. La que se empeña en resistir contra la injusticia, inhumanidad y cretinismo creciente de nuestro mundo y coloca como metas fundamentales la lucha en favor de la paz y en contra de los bloques militares, la defensa de la frugalidad ecológica contra el despilfarro consumista y de la solidaridad ecuménica contra la indiferencia individualista.
En esta postmodernidad como resistencia se sigue creyendo en la razón, en el progreso y en la democracia.»

(Daniel González Lagier)

BARBERA DEL ROSAL, Adolfo.

Versiones de lo otro.

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 265-289.

El autor, desde una perspectiva próxima a Derrida y a otros autores como Foucault, se ocupa de las críticas a la linea conocida como «deconstructivista» o «postestructuralista», calificada por sus detractores de tardomoderna, y no de postmoderna. Se centra principalmente en las consecuencias jurídicas y políticas de los postulados de esa corriente filosófica, basándose para ello en B. Santos.

(Daniel González Lagier y Ángeles Ródenas Calatayud)

BARRAGÁN, Julia.

Las reglas de la cooperación.

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 329-384.

«En la actualidad -opina la autora-, en el terreno de la Filosofía del Derecho, de la Filosofía Política y de la Filosofía Moral, se destacan marcadamente las bondades de la cooperación, y se asocia el comportamiento cooperativo de los actores sociales, con las llamadas conductas socialmente deseables, como contrarias a las indeseables conductas egoístas (...). En este sentido, algunas tesis como la sostenida por R. Axelrod, hacen pensar en una ley universal de evolución que conduce de manera inexorable al surgimiento y triunfo de la cooperación, aún en un mundo de extremo egoísmo. El peligro de teorías de este tipo es que, utilizando simulaciones que parten de un cuerpo de restricciones formales no siempre plausibles o diseñables en la realidad, tienden a elaborar un argumento que engañosamente posee base empírica, y luego es convertido de un modo insensible, y generalmente acrítico, en normativo.» El objetivo de este artículo es mostrar «cuánto de explicativo y cuánto de normativo se encierra en ese confuso asunto de la cooperación».
Para ello la autora realiza, en primer lugar, algunas consideraciones acerca de la teoría de los juegos, del Dilema del Prisionero (estudiando su potencialidad analítica y normativa) y de modelos analíticos alternativos. A continuación, y tras estos análisis, la autora aborda «el tema de la cooperación desde una perspectiva más estricta y potencialmente más fecunda». En este sentido, afirma que da caracterización de los usos analítico y normativo del Dilema del Prisionero, y de los métodos empleados en los casos considerados, cumple una importante función en el análisis de temas cruciales para la Filosofía Moral y la Ética Normativa (...). [Pero] parece claro que ninguno de ambos enfoques metodológicos es por si solo suficiente: sin el enfoque analítico se corre el riesgo de transitar innecesariamente por caminos oscuros y complicados que desaprovechan todo el potencial explicativo y la plenitud semántica de tales métodos; y sin el enfoque normativo, existe el peligro de olvidar que aunque a veces la selección de un determinado curso de acción tiene la apariencia de una cuestión estrictamente técnica, siempre implica una definición valorativa que debe ser sometida al juicio de la razón moral».

(Daniel González Lagier)

BARRERE UNZUETA, M.ª Ángeles.

Monismo metodológico y dualismo analítico, teórico y semiótico en la Filosofía del Derecho.

Theoria, San Sebastián, núm. 10, 1988-1989, págs. 163-176.

El tema de fondo de este articulo se centra en la peculiaridad de la Teoría del Derecho como discurso autónomo dentro del campo disciplinar de la Filosofía del Derecho. El objeto de la reflexión no es, sin embargo, la Teoría del Derecho *in genere*, sino la(s) que propugna los iusfilósofos italianos de la llamada «Escuela de Bobbio». El vehículo fundamental de la reflexión es la disparidad de modelos de Teoría del Derecho que se defienden en la mencionada escuela, a pesar de la identidad de aproximación metodológica al fenómeno jurídico. En el desarrollo de esta idea se aborda, en primer lugar, la identidad de este enfoque metodológico inspirado en las tesis neopositivistas y analíticas sobre el método. Luego se da paso a la exposición de las diferencias ubicadas geográficamente en las sedes universitarias de Génova (donde enseña Giovanni Tarello) y Milán (donde enseña Uberto Scarpelli). Dichas diferencias comienzan ya con la distinta concepción del análisis lingüístico: como *terapia* en las desviaciones del uso lingüístico común (para algunos) o como *construcción* o reconstrucción hasta la creación de lenguajes perfectos (para otros). Un segundo elemento de discrepancia se manifiesta en la concepción de la metajurisprudencia definida por Norberto Bobbio como «reflexión crítica sobre la jurisprudencia»: *descriptiva* o neutral (para unos) y *prescriptiva* o ideologizada (para otros). En tercer lugar, las diferencias alcanzan también al modelo semiótico defendido: enfático de la *variedad* del significado a resultas de la actividad interpretativa (en unos casos) o, por el contrario, enfático de su *constancia*. A continuación, tras el examen de estos puntos, y de acuerdo con cierto proceso a la pretendida neutralidad de la metajurisprudencia realizado por Mario Jori (discípulo de Scarpelli), se destaca el carácter teóricamente estéril a que puede dar lugar la polémica a que da lugar la asunción -en buena parte al menos- acrítica de las categorías de *prescriptivo y descriptivo*, decisivamente utilizadas por los iusfilósofos de la escuela en la configuración de sus modelos de la Teoría jurídica. Por último, y relacionadas con lo que se acaba de señalar, se efectúan ciertas consideraciones finales tendentes a destacar el papel ensombrecedor que una autoproclamada descriptividad de la Teoría del Derecho puede ejercer sobre la instrumentalidad (en propósitos) y efectos del discurso filosófico-metodológico.

BAYÓN, Juan Carlos.

Causalidad, consecuencialismo y deontologismo.

NINO, Carlos S.

Respuesta a Bayón.

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 461-506.

En «El cuatrilema del consecuencialismo», publicado en el número 4 de Doxa (1987), C. S. Nino sostenía que el consecuencialismo no puede ser una teoría moralmente adecuada porque plantea el siguiente cuatrilema: o bien es un esclavo de la moral positiva, por aberrante que sea, o se transforma en una posición deontológica, o es circular, o tiene consecuencias altamente contraintuitivas. Este cuatrilema se plantea debido a que, en opinión de Nino, el concepto ordinario de causa, aplicado a acciones humanas, encierra ciertas presuposiciones normativas, que aparecen en la definición de las «circunstancias normales del contexto» y por contraposición con las cuales se individualiza como causa alguna de las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la producción de un resultado. En este artículo el autor intenta «demostrar que el consecuencialismo puede escapar al cuatrilema en el que Nino lo encierra».

Para ello el autor divide el texto en tres apartados: «El objeto de los dos primeros seguramente ya habrá quedado claro: investigar la estructura del consecuencialismo y la de la idea de causa. Pero la discusión puede prolongarse además -en un tercer apartado-- retorsivamente, porque si no me equivoco, el deontologismo sí que encuentra algunas dificultades serias en relación con la idea de causa.»

El error en la argumentación de Nino radica esencialmente, según el autor, en confundir dos cuestiones diferentes: por un lado, qué es lo que hace que una acción o una omisión sean causalmente eficaces y, por otro, qué es lo que determina que puedan ser individualizadas -en contextos atributivos- como la causa de un cierto estado de cosas. Mientras los juicios atributivos o de imputación, que individualizan una determinada acción u omisión como la causa de un cierto resultado, sí dependen de presuposiciones normativas, los juicios acerca de la eficacia causal de las acciones «descansan tan sólo en nuestro conocimiento parcial de las regularidades causales que se dan en el mundo», y es precisamente en éste último tipo de juicios en el que se basa el consecuencialismo para juzgar a las acciones.

Por último, el autor entiende que la moral deontológica sí se ve afectada por la idea de causa. En este sentido, afirma que «una moral deontológica deriva inadvertidamente hacia una estructura consecuencialista cuando los derechos se consideran como capacidades o situaciones de las que se ha de asegurar una determinada distribución; cuando, por el contrario, parte de la postulación de un catálogo de deberes, es decir, de acciones genéricas calificadas incondicionalmente como obligatorias o prohibidas, o bien no describe ninguna de ellas como acción de resultado (...), o de lo contrario,

alternativamente: *a)* tropieza con todos los problemas que dimana de atribuir a los juicios de imputación prioridad lógica sobre la calificación deóntica de las acciones o *b)* su viabilidad depende enteramente de la discutible doctrina del doble efecto».

Por su parte, Nino contesta a Bayón adhiriéndose, por un lado, a sus conclusiones acerca del deontologismo, pero objetando, por otro, que el consecuancialismo pueda escapar al cuatrilema: la salida que encuentra Bayón no es tal, según Nino, sino que implica caer en el cuarto de los términos del cuatrilema, pues usar un concepto de causa tan amplio nos lleva a consecuencias contraintuitivas y resulta «inservible para formular juicios de corrección o incorrección moral».

(Daniel González Lagier)

BILBENY, Norbert.

Kant y la Revolución Francesa. Refutación del derecho de resistencia civil.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 6, 1989, págs. 23-31.

El autor analiza la postura de Kant respecto al derecho de resistencia civil y, en particular, en relación con la Revolución Francesa de 1789 en cuyos principios ve Kant «la realización de los derechos de la razón práctica en un sistema legal». Sus tesis se recogen en el artículo *En torno al tópico*: «*Tal vez esto sea correcto en teoría, pero no sirve en la práctica*» (1793) y en la *Doctrina del Derecho*, primera parte de la *Metafísica de las costumbres* (1797).
En opinión de Bilbeny, la primera de estas obras contiene las siguientes actitudes y afirmaciones:
a) Una aceptación, aunque sin mención expresa, por parte de Kant de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.
b) La soberanía política reside no en la «voluntad general» roussoniana, sino en la «voluntad unida».
c) El fin de la Constitución no es la felicidad, sino el derecho. Luego no es aceptable la desobediencia o resistencia civil porque ésta socavarla el principio de la Constitución civil necesario para la consecución del Derecho.
d) Es admisible la resistencia civil ejerciendo el derecho a la libertad de expresión y crítica.
En la segunda de las obras citadas se muestran dos maneras de introducir «la idea de una comunidad pacífica internacional»: una «manera revolucionaria» o una «reforma paulatina». La primera implica siempre dar por aceptado un «derecho de rebelión», pero, a tenor del análisis de Kant, tanto si se recurre a basarlo en un «derecho natural (o racional) a la felicidad», en un «derecho natural a la libertad» (entendida como autonomía moral) o en un derecho excepcional formulado para la situación, se incurre en contradicción. Por tanto, Kant niega toda validez moral y jurídica a las revoluciones habidas y, en general, a todo alzamiento contra la Constitución.
¿Cómo conjugar esta postura con sus simpatías por los revolucionarios franceses? El autor opina que Kant «refuta el derecho de rebelión dada su propia concepción de la historia como obra de la razón. No hace falta precipitar los hechos sobre principios, además, que dependen más de la sensibilidad que de la razón, basta con obedecer las leyes de ésta para esperar una situación mejor por medio de una reforma incruenta y gradual de las leyes y las instituciones públicas».

(Tomás Mingot Cortés)

BOBBIO, Norberto.

Derechos del hombre y filosofía de la historia.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, núm. 5, 1988-89, págs. 27-39.

El autor se propone en este artículo analizar el tema de los derechos del hombre desde la perspectiva de la filosofía de la historia, es decir, se plantea el problema de su sentido «según una concepción finalística (teleológica) de la historia, considerando el curso de la historia en su complejidad, desde su origen a su conclusión, como dirigido a un fin». Ante la pregunta formulada por Kant sobre si el género humano está en constante progreso hacia mejor, el autor responde afirmativamente, teniendo en cuenta la creciente importancia dada al problema del reconocimiento de los derechos humanos. La evolución que han seguido los procesos de positivación, generalización, internacionalización y, en los últimos tiempos, especificación de los derechos del hombre, puede ser considerada como un «signo premonitorio» del progreso moral de la humanidad. La cuestión del desarrollo de la «conciencia moral» debe ser abordada a la luz de «los signos que nos ofrecen los acontecimientos», pudiendo ser explicada del siguiente modo: El mundo moral, entendido como el conjunto de reglas de conducta orientadas a la modificación de las relaciones interindividuales para hacer posible la convivencia pacífica, «nace con la formulación, la imposición y aplicación de mandatos o prohibiciones», de manera que la figura deóntica originaria es el deber, no el derecho. La moral ha sido tradicionalmente observada desde el punto de vista de los deberes más que de los derechos, y ello es así porque se ha considerado desde la perspectiva del grupo, de su supervivencia, más que desde la perspectiva del individuo. Fue el iusnaturalismo la doctrina filosófica que hizo del individuo el punto de partida para la construcción de una doctrina de la moral y del derecho. La nueva concepción individualista, siempre despreciada, considera que primero está el individuo, que tiene valor por si mismo, y después está el Estado. En esta inversión de la relación entre individuo y Estado viene alterada también la relación tradicional entre derecho y deber. En las relaciones de los individuos vienen ahora primero los derechos y después los deberes. Este giro, que está en el fundamento del reconocimiento de los derechos humanos, tiene como consecuencia el nacimiento de los llamados derechos públicos subjetivos, que caracterizan al Estado de Derecho. Es con este tipo de gobierno con lo que se da el paso final desde el punto de vista del Estado al de los ciudadanos.
Sin embargo, a pesar de la extensión que de los derechos humanos se vislumbra, y que pertenece a la llamada por el autor «historia profética» de la humanidad, el progreso «no se mide por las palabras sino por los hechos». Y no hay que olvidar -concluye- que, si bien desde el punto de vista de los derechos humanos parece existir un progreso efectivo, considerando otros aspectos de nuestro tiempo, se debería dar una respuesta completamente distinta.

(Yolanda Reyes Ramos)

BONETE PERALES, Enrique.

Tugendhat contra Rawls y Habermas.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. VI, 1989, págs. 339-349.

«El problema del fundamento de la moral -opina el autor- ha sido, desde sus orígenes socráticos, el más discutido de la ética filosófica (...). Este intento de encontrar una "tierra ética" suficientemente firme para sobrevivir en medio de los vendavales del relativismo amenazante ha sido emprendido, en estos últimos años, por pensadores inspirados principalmente en Kant.
A mi modo de ver -continúa-, los dos esbozos fundamentales de Tugendhat presentados en "Tres lecciones sobre problemas de la ética" y en sus "Retractaciones", publicados en su libro *Probleme der Ethik* pueden ser encuadrados perfectamente en esta corriente revitalizadora de Kant (...). Aquí sólo me interesa ordenar y revisar las críticas que, al hilo del primer esbozo fundamentador desarrollado en las tres lecciones, lanza Tugendhat contra las teorías ético-políticas de Rawls y Habermas».
Tugendhat critica a Rawls haber dado por presupuesto en la «posición original» el criterio moral de la imparcialidad sin fundamentarlo, y haber olvidado la «fase cero» en la que se tendría «que justificar por qué se adopta la posición original como la más idónea para escoger principios de justicia y como la representativa del punto de vista moral. Tugendhat acusa a Rawls de no haber mostrado explícitamente por qué es preferible cambiar las condiciones de elección de la "fase cero" por las de la posición original. Para Tugendhat (...) la posición original no constituye el modelo representativo del punto de vista moral». No obstante, en opinión del autor «esta crítica subvalora algunos puntos de la teoría ético-política de Rawls, En ésta se pueden encontrar elementos que constituirían lo que Tugendhat denomina "fase cero". Es verdad que Rawls no los ha desarrollado en *A Theory of Justice*, pero sí los tiene en cuenta a la hora de diseñar la posición original».
La crítica a Habermas se refiere, por otro lado, al criterio de fundamentación de una norma: «Este criterio Habermas lo encuentra, como es bien sabido, en una teoría general de la verdad que llama "teoría del consenso". Para llegar al "consenso racional" basado en motivos o razones se precisa de una argumentación entre seres humanos. Para Habermas, en virtud de la naturaleza comunicativa del lenguaje, el criterio de fundamentación de las normas morales -como de las teorías empíricas- debe ser en última instancia el consenso o acuerdo. Habermas reconoce que este acuerdo no se refiere al meramente fáctico, sino sobre todo el basado en argumentos racionales, que se podría denominar acuerdo "cualificado". Tugendhat, sin embargo, cree que los argumentos siempre remiten a los motivos más relevantes de los sujetos que dialogan, y serán estos motivos los que previamente constituyan el principio (*Grundlage*) de fundamentación del enunciado, y no, como supone Habermas, el acuerdo en cuanto tal.»
Habermas, a diferencia de Rawls, ha replicado a la crítica de Tugendhat (en su estudio «Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación»). Sin embargo, el autor considera que Habermas no ha tenido en cuenta un aspecto de la crítica de capital importancia: A su juicio, el

problema clave «se encuentra en el previo reconocimiento de la autonomía de toda persona que participa en un discurso. Tugendhat cree, como sabemos, que es en el principio de la autonomía -ya sea personal o colectiva- donde reside el motivo por el que los problemas morales (político-morales y jurídico-morales) deben apoyarse en los argumentos de los implicados, y no en que la fundamentación moral sea intrínsecamente comunicativa. Por tanto, la explicación de que se llegue a un consenso colectivo efectivo no hay que buscarla en la "racionalidad" de los argumentos presentados, sino sobre todo en el respecto a la autonomía de la voluntad de todos los participantes en un discurso».

(Daniel González Lagier)

CALSAMIGLIA, Albert.

Un egoísta colectivo. Ensayo sobre el individualismo según Gauthier.

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 77-94.

«Mi preocupación en este trabajo -dice el autor- no es llevar a cabo una valoración global de la obra de Gauthier, sino analizar algunos aspectos relevantes de su concepción del hombre y su relación con la racionalidad. El hilo conductor partirá del análisis del concepto de racionalidad económica admitido por Gauthier. Luego estudiaré el modelo del hombre gautheriano y por qué no coincide con el económico. Indicaré cuáles son los argumentos que permiten mostrar la superioridad de un modelo sobre otro -en un contexto de racionalidad colectiva- desde el punto de vista del egoísmo y, para acabar, analizaré hasta qué punto la empresa gautheriana tiene éxito en la elaboración de su modelo de hombre y de su moralidad. Argumentaré que la moral no se puede fundamentar únicamente en el egoísmo. Ni Hobbes ni Gauthier pueden prescindir de ciertos principios normativos fundamentales externos y distintos al autointerés.»

(Daniel González Lagier)

CALVO GONZÁLEZ, José.

Iconographies politiques fantastiques. le «Leviathan», de Hobbes.

En *Etat, Revolutions, Ideologies,* Actes du Colloque de Rennes, 21-22 Avril 1988, Presses Universitaires d'Aixen Provence. Aix-en-Provence, 1989, págs. 133-153.

Se trata del original de la comunicación presentada al coloquio de Rennes organizado por la Association Française des Historiens des Idées Politiques y cuya versión castellana, publicada en el Anuario de Filosofía del Derecho, 5, 1988, págs. 455-473, fue objeto de reseña en Doxa 1989, sección bibliográfica correspondiente al año 1988.

CALVO GONZÁLEZ, José.

Visión institucional del Derecho Financiero en España.

En el volumen colectivo *Historia Económica y de las Instituciones Financieras en Europa*, T. XII de los Trabajos en Homenaje a Ferrán Valls i Taberner, edición a cargo de M. J. Paláez, Barcelona-Zaragoza, 1989, págs. 3595-3605.

En el intento por inferir una visión institucional en la Hacienda Pública como ordenamiento jurídico financiero o Derecho Financiero a lo largo de la experiencia jurídica española de los últimos ochenta años, se abordan tres vías de sistematización: legislativa estricta una, otra en el grado de recepción de las fuentes de la teoría institucional y, finalmente, la de la elaboración científica en el Derecho Público de la realidad jurídico financiera de la Administración. De esta triple vía resulta que el enfoque institucional en la materia jurídico financiera de la Administración española rinde tres conclusiones. En primer lugar, el recurso que en el ámbito legislativo se hace de diversos antecedentes aprovechó la idea institucional de toda realidad normativa como sustantividad organizativa y teleológica. En segundo lugar, la teoría institucional del ordenamiento jurídico sirvió a fundamentar la pretensión de autonomía científica para el ordenamiento jurídico financiero o Derecho Financiero aliándola instrumentalmente a los argumentos que en el Derecho Administrativo se presentaban frente a quienes en esa misma rama del Derecho Público postulaban una concepción orgánica que subsumía la realidad jurídico financiera en la jurídico administrativa. De ese modo se explica que la recepción de las teorías institucionalistas en la doctrina iuspublicista española, tardía y desigual, se demorara todavía más en concreto para la Hacienda Pública y, en todo caso, haya procedido a través del Derecho Administrativo, donde por demás había sido de mayor significación y rigor la construcción dogmática al respecto. Finalmente, dentro de la evolución científica que el Derecho Público ha mostrado en la última década, la dimensión jurídico-financiera de la Administración no ha deducido desde la primera visión institucional, a cargo de F. Vicente-Arche Domingo en 1974, otros réditos de importancia que merezcan especialmente reseñarse, acaso acelerando así más, si cabe, el proceso de trivialización que ha caracterizado en general el genuino empleo de las dicciones «ordenamiento jurídico» e «institución jurídica».

CALVO GONZÁLEZ, José.

La reforma de estudios jurídicos en España. José María de Álava y Urbina (1812-1872). Materiales históricos.

Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación, Barcelona, núms. 9-10, págs. 2275-2321.

Presentación del texto del Informe que a resultas del anuncio por el Ministerio de Instrucción Pública de los trámites preparatorios del proyecto de ley destinado a reorganizar los estudios jurídicos en nuestro país, elaboró Álava en representación del Claustro de la Facultad de Jurisprudencia en la Universidad Literaria de Sevilla con fecha de 13 de febrero de 1854. La información se completa con un comentario de la propuesta de Plan de Estudios y la noticia bio-bibliográfica de su autor, quien entre otros aspectos protagonizó la recepción (1847) del Sistema de Savigny en los círculos krausistas de la Universidad Hispalense. Se subrayan particularmente las consideraciones relativas a las enseñanzas de Derecho Natural, correspondientes al ciclo Derecho Filosófico e Histórico (Grado de Bachiller) e Introducción general al Derecho y Exposición general de la Ciencia del Derecho, ciclo Derecho Actual (Grado de Licenciado), cuya explicación sigue de cerca el esquema organizativo y metodológico de la Escuela Histórica.

CALVO GONZÁLEZ, José.

Deudas de la Exposición y «crack» municipal en Sevilla, 1930-1934. La política responsabilista de Manuel Giménez Fernández.

En el volumen II del Homenaje a Octavio Gil Munilla, Archivo Hispalense, Sevilla, núm. 220, 1989, págs. 65-84,

Se analiza la trayectoria de la actitud ética y política de responsabilismo defendida por Giménez Fernández en torno al problema de las deudas exposicionistas de 1929 en su repercusión sobre la Hacienda Municipal sevillana, tanto en su dimensión propiamente económica como política (condena al ostracismo del personaje y de la ideología y pensamiento social-cristiano) categorizando cinco fases: Informe y propuesta de depuración de responsabilidades (1930), crítica de la tendencia política de la Comisión Liquidadora del Certamen E.I.A. y estrategias político-presupuestarias municipales para la reflotación de la deuda exposicionista (1931-1933), intervención parlamentaria en el dictamen sobre el proyecto de ley de Auxilio Económico del Ayuntamiento de Sevilla, y defensa, aprobación y efectos de la Ley de Auxilio (1934). Este iter muestra puntualmente en la figura de Manuel Giménez Fernández el testimonio del compromiso ético-político de «responsabilismo» en un continuado esfuerzo por la transparencia democrática durante la Monarquía y la República.

CALVO GONZÁLEZ, José.

Serge Fuster (Louis Casamayor), 1911-1988.

Annals of the Archive of Ferrán vals i Taberner Library, Barcelona, núms. 3-4, 1989, págs. 39-42.

Necrológica. Fuster integró la delegación francesa nombrada por el Ministerio de Justicia de su país en el parquet de acusación durante los procesos instruidos a los dirigentes nazis por el Tribunal Internacional de Nuremberg. Juez de Instrucción de Pontoise y Seine, Consejero de la Corte de Apelación de París y Presidente de Chambre Honoraire de la Court d'Appel de Versailles. Además de su dilatada dedicación a las tareas relacionadas con la función jurisdiccional Fuster alcanzó notable relieve en el campo de la «Sociología Judicial», siendo autor de más de una veintena de obras en donde desenvolvió un denso y comprometido pensamiento de fuerte dimensión iusfilosófica y política en torno a temas como la justicia procesal, sus mecanismos, función y valor social, etc... De su producción se encuentra traducida al castellano con prólogo de L. A. Burón Barba *Justicia para todos* (Barcelona, 1974). En justicia penal Fuster defendió la relatividad del castigo y las tesis no retribucionistas y, consecuentemente, la reforma del sistema de penas y del régimen penitenciario. Una faceta también importante y, muy intensa, objeto de algunas polémicas que incluso llevaron a sanciones disciplinarias, vino a desarrollarse bajo pseudónimo «Louis Casamayor» desde la cotidiana crónica de actualidad y divulgación judicial para el diario *Le Monde*.

CALVO GONZÁLEZ, José.

Institución jurídica y positivismo jurídico institucional.

Estudios Deusto, Bilbao, vol. 37: 2, 1989, págs. 373-381.

Análisis de la valoración que del Derecho como hecho institucional han presentado Weinberger y MacCormick
con su teoría del Positivismo Jurídico Institucional reuniendo algunas consideraciones en torno a determinados
enfoques de la juridicidad y de la existencia de los sistemas normativos, es decir, en relación a lo que para el A. constituye el conjunto de problemas fundamentales que acoge la noción de «institución jurídica». Se presta particular atención a la distinción de MacCormick entre «institución legal» y «leyes institucionales»o «instituciones de ley» en y para un sistema legal. Igualmente al problema fundamental de la ciencia jurídica dogmática tradicional cual es la determinación del prius del Derecho, o lo que es igual sobre la interrogante acerca del funcionamiento de la normatividad institucional que es fuente de reglas institucionales. Comunicación presentada al Simposio Internacional sobre «Problemas actuales de Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho», Bilbao, 28-30 de abril de 1987.

CALVO GONZÁLEZ, José.

Restauración tomista y catolicismo militante en la Universidad de Sevilla, 1884-1924.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 6, 1989, págs. 377-395.

En el recorrido histórico que abarca el trabajo se hace prueba del planteamiento por el que, tras el paréntesis revolucionario del 68, se consigue distinguir dos fundamentales direcciones en la reorganización del tomismo o restauración tomista; esto es, neotomismo académico y catolicismo social. Respecto de esta última dirección el trabajo incorpora la demarcación del espacio político y sindical en cuya área tuvo lugar la experiencia militante de los sectores católicos universitarios en Sevilla. Temario: 1. Aislamiento filosófico-jurídico e inacción política, 1884-1890. 2. Ecos neotomistas y orígenes del catolicismo social y político universitario en Sevilla, 1890-1921. 3. Espíritu regeneracionista y movimiento democristiano, 1922-1924. Contiene datos y referencias sobre Pedro López Sánchez, Manuel Sánchez de Castro, Mariano Pingelollers Oliver, Manuel Giménez Fernández, etc.

CALVO GONZÁLEZ, José.

Sugestión, indicación y presión políticas. (Un análisis empírico sobre el entorno social y político del poder: España, octubre de 1934-abril de 1935.)

Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 65, 1989, págs. 285-332.

El trabajo se proyecta en el propósito de suministrar un índice fiable e ilustrativo con que inquirir e identificar,
positiva y empíricamente, las actitudes que, tanto las clientelas propias como los socios de coalición gubernamental, imprimieron sobre el comportamiento de una formación política, la Ceda, en el momento preciso en que fue llamada, por primera vez, a participar de importantes tareas de poder (Ministerio de Agricultura, Justicia y Trabajo) en el Estado republicano, probando y valorando luego, el carácter y responsabilidad que su configuración estructural presenta como agregación de intereses. En el fondo documental analizado procede de los archivos de la Secretaría privada del ministro Manuel Giménez Fernández, donde se encuentran registradas las gestiones solicitadas al titular del Departamento. La documentación, inédita, alcanza la cifra de 2.840 gestiones, siendo las más numerosas las concernientes a Agricultura. Se seleccionan 2.062 coincidentes en el contenido y pretensión de solicitar, por sugestión, indicación o presión, «recomendaciones». Esta práctica era conocida y empleada por los gobiernos de la Monarquía. Con independencia de las consideraciones que del hecho quepa desprender en relación al fenómeno de «privatización de lo público» sobre la base de actitudes comportamientos próximos a lo que se conoce como «nepotismo», «amiguismo político», o, más frecuentemente, «tráfico de influencias», la utilización de estos canales rara vez se hace con miras a instrumentarla como recurso de limpieza ideológica y delación-depuración en desde el aparato del Estado. La estimación de estas prácticas como generalizadas no implica pluralismo político total en su disponibilidad. Si en un muestreo de capas y estratos sociales solicitantes a nivel individual y orgánico es posible detectar, dentro de lógicas variantes, una representación asimilable al interclasismo, tal expresión se quiebra al examinar el nivel político. Las recomendaciones proceden exclusivamente del área de la coalición gubernamental. A partir de ahí se llevan sobre los resultados deducidos de cuadros estadísticos compuestos por recomendantes y asuntos, lecturas estadísticas parciales y globales.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco.

La cabeza de Jano.

Ed. Universidad de Cádiz, Cádiz, 1989, 248 págs.

En opinión del autor existe un tipo de investigación «histórica y con la que se pretende, simplemente, exponer cómo han discurrido las cosas en la época estudiada; en ella no tiene sentido "profundizar" en las obras de autores aislados que se suponen importantes; más bien lo verdaderamente relevante es estudiar a tales autores sólo en la medida en que influyeron en su época y en la posteridad; lógicamente, no interesa tanto el estudio minucioso de la obra del autor principal (...) como la multitud de escritos de sus epígonos y de enemigos, en los que se puede reconocer hasta qué punto el autor estudiado encauzo realmente la Historia. Este (...) tipo de estudio de los procesos históricos es el que he pretendido realizar en este libro; consecuentemente, no he centrado mi esfuerzo en "interpretar" las obras de Inmanuel Kant, sino que he procedido a estudiar las obras que la literatura jurídica aparecida entre 1790 y 1840, en la que apreciamos los antecedentes, el entorno, las interpretaciones de sus discípulos y de sus enemigos».
Los temas tratados en este libro son los siguientes: I. *UNA NUEVA RAZÓN*. 1. *Libertad o necesidad*; 2. *Una razón pura, al margen de la experiencia*; 3. *Los motivos de la pureza racional a priori*; 4. *El sistema como único método científico*; 5. *Las normas de la razón*; 6. *Una razón formal, vacía y negativa*; II. *METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES*: 1. *La autonomía ético-jurídica*; 2. *El problema de la definición de la libertad*; 3. *Los Urrechte: libertad, igualdad y propiedad*; 4. *Derecho y moral: sus diferencias*; 5. *Legalidad y Moralidad. El tema del deber jurídico*; 6. *Zwangspflichten y Gewissenspflichten*; III. *REINES NATURRECHT*: 1. *El punto de partida: la libertad del individuo expresada en el «estado de naturaleza»*; 2. *El principio supremo: no ser medio al servicio de otros*; 3. *La mentalidad pactista*; 4. *La noción del Derecho*; IV. *ANGEWANDTES NATURRECHT*: 1. *La propiedad*; 2. *Propiedad y sociedad civil*; 3. *La creación de la sociedad política*; 4. *La finalidad del poder político*; 5. *Las formas de gobierno y el problema de la democracia*; 6. *Los límites del poder político*; V. *EL PROBLEMA DEL DERECHO POSITIVO*: 1. *La naturaleza del Derecho positivo*; 2. *Derecho natural y Derecho positivo*; 3. *Los criterios para la creación del Derecho*; 4. *Las aporías del Derecho positivo*; VI: *LA «RECHTSLEHRE» KANTIANA EN SU ÉPOCA*: 1. *El individualismo ético-jurídico*; 2. *Teoría jurídica y teoría económica*; 3. *En el marco de ideas liberal del siglo XVIII*.

(Daniel González Lagier)

CAPELLA, Juan Ramón.

Malos tiempos para la ética.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm.6, 1989, págs. 399-408.

El autor de este artículo pretende plantear el problema de si «el presente permite hacerse ilusiones acerca del comportamiento moral, o, en otras palabras, si hay una esperanza para la ética». La opinión del autor al respecto es que «para la ética corren "malos tiempos", al menos si se la concibe encerrada en sí misma, sin proyectarse sobre lo que podría llamarse lo público, o desinteresada de los problemas de la especie y no meramente de los seres humanos individuales».
En la primera parte del artículo el autor critica el «desencantamiento eurocéntrico de la ética. Lo que se denomina con la expresión "desencantamiento ético" prosigue el autor puede ser, estrictamente hablando, algo distinto: insensibilidad ética». Como consecuencia «la ética desencantada percibe que su referente relevante no son males producidos por la acción individual, sino "pecados" gestados de un modo social, cooperativo: que se ocupa, en una palabra de males asociativos».
A continuación el autor alude a dos grandes dificultades objetivas que entorpecen seriamente la formación de la consciencia moral en el tiempo en el que vivimos: «el carácter crecientemente artefactual, o artificial, de la acción humana y nuestro modo de actuar "dionisíaco" o excesivo que no impide reconocer que nuestro modo de vida no se puede generalizar a toda la humanidad».
Seguidamente, el autor recurre a un «modelo de problema que facilite a la consciencia ética la percepción global del laberinto en que se pierde»: el dilema de la miseria de la población brasileña y la necesidad de conservar la selva. «Los miembros de la sociedad especie humana pueden financiar a los brasileños la salida de su miseria sin necesidad de liquidar nuestra común selva tropical, ese bien precioso que, sin embargo, está en manos de los empobrecidos habitantes del Brasil.»
El autor concluye este artículo señalando la necesidad de un proyecto ético y un compromiso político y, asimismo, subrayando que «el nuestro es uno de esos instantes de transición en que las viejas instituciones ya no sirven y la practica sólo lo reconoce con titubeos».

(Ángeles Ródenas Calatayud)

CAMPS, Victoria (comp.).

Historia de la ética: 3. La ética contemporánea.

Ed. Crítica, Barcelona, 1989, 652 págs.

Se trata de una recopilación de trabajos reunidos de forma que «cada uno de los capítulos, está dedicado a un filósofo, salvo en aquellos pocos casos en que se aborda una corriente ética cuya unidad permite tratarla como un solo tema». Se incluyen también en este volumen unos capítulos dedicados «a aquellas ciencias humanas que se han mantenido más cercanas a la ética».
Los textos recopilados son los siguientes: *El kraus-institucionismo: un proyecto de renovación ética para la sociedad española* (Fernando Velasco); *El pragmatismo americano* (Gabriel Bello); *Freud y la génesis de la conciencia moral* (Carlos Castilla del Pino); *Sociología y filosofía moral* (Salvador Giner); *Ética analítica* (Javier Sábada); *Ética y derecho en el pensamiento contemporáneo* (Francisco J. Laporta); *Scheler y la ética de los valores* (Francisco Gomá); *Sartre* (Celia Amorós); *La ética de la filosofía española del siglo XX* (Enrique Bonete); *La escuela de Frankfurt* (Carlos Thiebaut); *La psicología moral (de Piaget a Kohlberg)* (José Rubio Carracedo); *La ética discursiva* (Adela Cortina); *El neocontractualismo: John Rawls* (Fernando Vallespín); *El naturalismo contemporáneo: de Darwin a la sociología* (Camilo J. Cela Conde).

(Daniel González Lagier)

CARRIÓ, Genaro.

Sobre la administración de justicia y el derecho de la jurisdicción.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, núm. 5, 1989, págs. 41-52.

Este artículo se divide en dos apartados. En el primero de ellos (*Sobre la administración de justicia y su evolución*) el autor bosqueja el lento proceso de desarrollo que ha experimentado el poder judicial hasta convertirse «en el pivote central de todo orden jurídico maduro o evolucionado».
Este proceso surge a partir de un estadio de descentralización en la creación y la aplicación de las normas, que eran de tipo consuetudinario. Un primer paso en esta evolución lo constituye la institución de la venganza de sangre o autoayuda; sin embargo, esta etapa todavía supone un enorme grado de descentralización, tanto en la creación de las normas generales como en la determinación de si se las ha transgredido y, finalmente, en la administración del castigo. El primer «síntoma» de centralización lo observamos precisamente en la determinación de si ha habido transgresión y en la administración del castigo, al concentrarse estas funciones en órganos de la comunidad. Advertidos los beneficios que esto implica, «se ve también la conveniencia de encomendar a los proto-jueces nuevas tareas afines con las de aplicar centralizadamente sanciones. El desarrollo hacia una administración de justicia del tipo de la que hoy conocemos ya está en marcha».
El segundo apartado (*Sobre el derecho a la jurisdicción*) trata de presentar «las características centrales del derecho a la jurisdicción, junto con una breve referencia a su forma de evolución y tendencias actuales». Tal derecho «presenta características muy particulares que, ligadas a su carácter manifiestamente instrumental, permiten distinguirlo de los otros derechos del hombre». En este sentido, hay que tener en cuenta la distinción entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por otro. Los primeros son satisfechos mediante omisiones, los segundos, mediante acciones positivas. Sin embargo, el derecho a la jurisdicción «tiene, por decir así, dos caras, una negativa y otra positiva (...). Con arreglo a la primera se procura garantizar que nadie se vea privado de su libertad o de su propiedad sin un proceso regular en el que sea oído, sus razones sean consideradas y la prueba concerniente a sus derechos recibida y debidamente apreciada. Ese proceso regular debe culminar en un pronunciamiento también regular, que no exhiba fallas que lo descalifiquen como acto jurisdiccional. La cara positiva apunta a esto: todo habitante de la comunidad debe tener a su disposición remedios rápidos y eficaces que tutelen sus prerrogativas y pretensiones, de modo que nadie se vea privado del auxilio jurisdiccional en todos los casos en que él se requiera».
Por ello, el autor afirma que «el derecho a la jurisdicción participa en cierta medida de características propias de los "nuevos" derechos económicos, sociales y culturales, pese a tratarse de un derecho que según se lo concibe generalmente integra el elenco de los tradicionales derechos civiles y políticos».
Por último, el autor señala que «una nueva fase del derecho a la jurisdicción muestra su rostro con la aparición de nuevos desarrollos del derecho internacional público de nuestros días»: a la consagración internacional de derechos humanos, materializada a partir de las declaraciones americanas y universales de los mismos, ha sucedido el establecimiento de órganos, también internacionales, de

protección de tales derechos: «Cuando el derecho a la jurisdicción local resulta insuficiente para satisfacer los reclamos de quienes padecen violación de sus derechos humanos, se abre ahora la jurisdicción internacional (...). Esa es, quizá, una de las principales esferas de desarrollo que el derecho internacional de nuestros días nos brinda.»

(Daniel González Lagier)

CUELLO CONTRERAS, Joaquín.

Las raíces filosófico-jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo.

Anuario de Filosofía del Derecho, núm. 6, 1989, págs. 175-203.

La «Dialéctica de la Ilustración (que refleja cómo todos los pasos dados por el hombre en el terreno de la Teoría y de la Praxis, persiguiendo su emancipación, crean nuevas formas de dominio)» se refleja, en opinión del autor, en el Derecho penal «y muestra que los principios que hoy lo inspiran, siendo los mismos de la Ilustración, son distintos, sintetizándose en una unidad más elevada no prevista en el momento de su surgimiento».
Esta «unidad superior» a la que se hace referencia se basa en el hecho de que todos los principios (de prevención del delito, de legalidad y de culpabilidad) «son imprescindibles para obtener una comprensión cabal de lo que debe ser el Derecho penal».
El que la esencia de tales principios se encontrara ya en los autores «tenidos por clásicos», justifica el hecho de que estén presentes en la discusión actual sobre el fundamento del Derecho penal y de la pena estatal.
Y por ello centra el autor su estudio en el marco del pensamiento propiamente ilustrado, en el «primer movimiento completo y bien articulado que se da en España de auténtica y definitiva modernidad»: el krausista, del que analiza «su Filosofía del Derecho; la primera obra de carácter rigurosamente científico de Derecho penal, la de Luis Silvela, inspirada en el conocimiento krausista, las primeras concepciones puramente jurídicas sobre el delito y la teoría de la pena de Silvela, basada en el Correccionalismo de Roder, también de inspiración idealista y krausista».
Con referencia a la Filosofía krausista, estudia el autor la obra de Krause *Ideal de la Humanidad para la vida* (obra articulada por la razón y la libertad humanas, de la que destaca que ese ideal consiste en «la comunicación y su progresivo mejoramiento entre los hombres»), la teoría del conocimiento krausista (que niega la posibilidad de la certeza del conocimiento y sostiene sólo el recurso a la «comunidad comunicativa» y a un procedimiento basado en reglas de racionalidad para la mejora de las condiciones del conocimiento), la Filosofía del Derecho krausista (donde analiza el papel legitimador del Derecho natural para el Derecho positivo, apuntando por Giner de los Ríos y Sanz del Río), el significado fundamental de la libertad en la Filosofía del Derecho de Giner de los Ríos (advirtiendo del general escepticismo krausista acerca de la coactividad del Derecho y del preferente «poder de convicción de sus mandatos») y la relación existente entre el Derecho y la Moral en el pensamiento krausista.
Con respecto a la Ciencia del Derecho penal, el autor aborda la concepción de la Dogmática penal en la obra de Luis Silvela (de la que destaca sus caracteres de ciencia normativa, teleológica y valorativa), el papel de la Política criminal, la noción de delito en Silvela y Dorado Montero (influida por los «planteamientos psicologistas» de Giner, que tienen como consecuencia unos excesos del subjetivismo insalvables a falta de un presupuesto ontológico, referido a la realidad) y, por último, los fines de la pena en la obra de Silvela (concretados en «la defensa y tutela que reclama el Estado y que

conviene y aprovecha al mismo criminal», entendidos en la línea correccionalista de los krausistas alemanes y españoles, lejos de los planteamientos prevencionistas generales o retribucionistas y próximos a la idea de una resocialización del infractor «desde su libertad»).
Luis Silvela se presenta como precursor de la armonización de los principios de «prevención de la lesión de bienes jurídicos por medio de la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho y resocializador».

(Antonio Doval)

DE SOUSA SANTOS, Boaventura.

La transición postmoderna: Derecho y política (trad. María José Añón Roig).

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 223-263.

«Este trabajo -dice el autor- se desarrolla en tres partes fundamentales: en la primera parte presentaré un análisis interpretativo de la trayectoria (o trayectorias) histórica del paradigma de la modernidad y mostraré las condiciones que han contribuido a su agotamiento y las que señalan la aparición de un nuevo paradigma. En la segunda parte presentaré, a grandes rasgos, el perfil del nuevo paradigma, contrastando la teoría crítica moderna y postmoderna. En la tercera parte sugeriré algunas aplicaciones especificas del nuevo paradigma en el campo del derecho y la política. Cada una de esas partes comienza con el enunciado de una tesis fundamental seguida de una justificación.»
Estas «tesis fundamentales» son las siguientes: En el apartado I (*Ascenso y declive del paradigma de la modernidad en las sociedades capitalistas avanzadas*) el autor sostiene que «el paradigma socio-cultural de la modernidad aparece antes que el modo de producción capitalista llegue a ser dominante y desaparecerá antes de que este último cese. Esta desaparición es compleja, porque es, en parte, un proceso de abandono y, en parte, un proceso de obsolescencia. Es abandono en la medida en que la modernidad ha cumplido algunas de sus promesas, en algunos casos incluso en exceso. Supone un proceso de obsolescencia en cuanto que la modernidad ya no es capaz de cumplir otras promesas. Tanto el exceso como el déficit de realización de las promesas históricas explica nuestra difícil situación actual que aparece, en la superficie, como un período de crisis, pero que, en un nivel más profundo, constituye un período de transición. Desde el momento en que todas las transiciones son parcialmente visibles y parcialmente ciegas, resulta imposible designar con propiedad nuestra situación actual. Probablemente esto explicaría por qué la inadecuada denominación «posmoderna» ha llegado a ser tan popular. Mas por la misma razón este nombre es auténtico en su inadecuación».
En el apartado II (*Topoi para el nuevo paradigma*) la tesis fundamental que se sostiene es la siguiente: «la idea moderna de una racionalidad global de la vida social y personal acaba por desintegrarse en una multitud de mini-racionalidades al servicio de una racionalidad global incontrolable e inexplicable. Es posible reinventar las minirracionalidades de tal forma que dejen de ser partes de una totalidad para convertirse más bien en totalidades presentes en muchas partes. Esta es la tarea de la teoría crítica postmoderna». Por último, en el apartado III (*Política y Derecho en la transición postmoderna*) el autor sostiene que «es necesaria una nueva teoría de la subjetividad que explique el hecho de que nos encontramos en una compleja red de subjetividades que va incrementándose. Más allá de las ruinas del colectivismo social, está emergiendo el colectivismo del yo. La lucha frente a los monopolios de interpretación debe orientarse de tal forma que lleve a la proliferación de comunidades interpretativas políticas y jurídicas. El control disperso de la esfera jurídica contribuirá a descanonizar y trivializar el derecho. El fin del fetichismo legalista marcará la aparición de un nuevo minimalismo jurídico y de prácticas micro-revolucionarias».

(Daniel González Lagier)

DOMÍNGUEZ JUAN, Milagros.

El jurado como garantía del funcionamiento democrático de la justicia.

Anuario de Derechos Humanos Madrid, núm. 5, 1988-89, págs. 53-77.

«El presente trabajo -indica la autora- tiene por objeto realizar un tratamiento de la institución del jurado, desde una doble dimensión: como forma de participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder y como garantía eficaz de un mejor funcionamiento de la justicia asimilando esto a la idea de que el jurado garantiza mejor la seguridad del justiciable al realizar una integración social de la función judicial, lo que repercute también en el conjunto de la sociedad, en cuanto que a través suyo se realiza y consigue un concepto de justicia más cercana a los intereses y necesidades del conjunto del sistema social.»

El artículo aparece estructurado en tres apartados. En el primero de ellos (*Presupuestos estructurales de la institución del jurado*), la autora realiza una caracterización conceptual de esta institución y da un breve repaso a sus antecedentes históricos-jurídicos.

En la segunda parte (*Participación y Estado Democrático*) se asimila el jurado con el concepto de democracia, ya que «la democracia adquiere su significado cuando los ciudadanos participan en todos los niveles de la estructura social», no sólo en los ámbitos legislativo y administrativo, sino también en el judicial. Tras un análisis somero de la evolución de los tipos de Estado (Estado liberal-Estado social de Derecho-Estado-Estado democrático de Derecho), la autora indica que es una «democracia socialmente plena», donde el principio de participación alcanza su auténtica dimensión. El efecto más importante de la participación será la intensificación del control de la acción pública por parte de los ciudadanos. La implantación del jurado significa, además, romper con la consideración de que la función de juzgar es competencia exclusiva de una categoría de ciudadanos especialmente cualificados y abre una posibilidad de adaptación del mundo jurídico a la realidad social.

En el tercer apartado (*El jurado como garantía*) se nos presenta a esta institución como una garantía procesal «irrenunciable tanto para el ciudadano como para el sistema». A juicio de la autora se trata de una garantía institucional en cuanto que contribuye a proteger los derechos fundamentales del individuo, concretamente, la seguridad jurídica «al llevar a cabo una integración social de la función judicial, corrigiendo el funcionamiento del aparato de la justicia para que contribuya a realizar mejor la idea de equidad, aspiración última del Derecho».

(Yolanda Reyes Ramos)

ESTÉVEZ ARAUJO, José A.

La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar.

Ed. Ariel, Barcelona, 1989, 279 páginas.

«Para articular las diferentes doctrinas que desarrolla Carl Smichtt dice el autor y establecer la importancia relativa de cada una de ellas es necesario conocer los problemas a los que esas doctrinas responden.
Los dos primeros capítulos de este trabajo pretenden, por ello, dar una visión del contexto en el que surge ese pensamiento que se analiza. El primero de ellos se refiere a la República de Weimar (...). El objetivo de este capítulo es el de seleccionar y resaltar aquellos fenómenos y acontecimientos que resulta imprescindible tener en cuenta para la comprensión de la obra de Carl Smichtt. Entre ellos, se incluyen algunos pertenecientes al período histórico inmediatamente anterior (el II Reich) como el «Conflicto Constitucional Prusiano». Estas referencias históricas podrían haberse intercalado en la exposición de la doctrina smichttiana, pero ello hubiera dado lugar a digresiones que dificultarían la lectura. Por ello se ha considerado conveniente ordenarlas en un capítulo aparte.
(…) A lo largo de la elaboración de este trabajo se puso de manifiesto que la discusión de los iuspublicistas weimarianos tenía suficiente entidad y por ello se aborda en un capítulo independiente, el capítulo segundo. El lector se percatará de que existe un paralelismo entre el primer y el segundo capítulo. Así, al análisis del II Reich contenido en el primer capítulo corresponde una sección del segundo capítulo destinada a analizar el modo de trabajar de los iuspublicistas en el Imperio. Y a la gran conmoción que provoca la pérdida de la guerra, la revolución y el advenimiento de la República corresponde una crisis del método, las preocupaciones y el modo de enfocar los problemas por parte de los juristas. La segunda sección del segundo capítulo se dedica a analizar la discusión que genera esta crisis.
Aparte de conocer los problemas a los que una determinada obra intenta responder, es necesario también conocer el filtro ideológico a través del cual esos problemas se perciben. De este modo puede entenderse con mayor facilidad el porqué de las respuestas que se dan. Por ello, el capítulo tercero va destinado a analizar los elementos más descollantes de la ideología de Carl Schmitt. También se pretende en este capítulo llamar la atención acerca de lo que podrían denominarse "trampas ideológicas" que se ocultan tras los planteamientos schmittianos. Con ello se intenta evitar que se lleve a cabo una utilización ingenua de las categorías de Schmitt, como si éstas fueran absolutamente inocentes (...).
La exposición de las doctrinas de Schmitt acerca de los temas específicamente jurídico-políticos como la soberanía, el Estado de Derecho, el parlamentarismo, la democracia, la relación entre Estado y sociedad, etc., aparece repartida en dos capítulos que distinguen las dos etapas en que se propone dividir la producción schmittiana durante la República. La primera etapa aparece estructurada en torno al intento de atribuir al presidente del Reich facultades de dictador comisario. Alrededor de esta cuestión central se articulan el tema de la soberanía, el del decisionismo jurídico o el de los límites

de la protección de los derechos y libertades individuales en el Estado de Derecho.
En el último capítulo se analizan los esfuerzos de Schmitt por convertir Weimar en una dictadura presidencial. En este capítulo confluyen buena parte de las doctrinas elaboradas por Schmitt durante la República y en él se pone de manifiesto claramente cuál es el sentido de esas doctrinas y hacia qué fin apuntan. Por ello, puede considerarse que este capítulo tiene *carácter conclusivo*, Las conclusiones propiamente dichas tienen como función cerrar algunos temas que quedan pendientes en los capítulos y, sobre todo, facilitar al lector la visión global del trabajo articulando los temas de los diferentes capítulos.»

(Daniel González Lagier)

ESTÉVEZ, J. A.; GORDILLO, J. L., y CAPELLA, R.

Los derechos un poco en broma: las razones de Peces-Barba sobre obediencia, desobediencia y objeción.

En el primero de estos artículos se realiza un comentario sobre un trabajo anterior de Peces-Barba titulado «Desobediencia civil y objeción de conciencia», publicado en núm. 5 del Anuario de Derechos Humanos(1989). En el trabajo de Estévez, Gordillo y Capella se critica la postura de Peces-Barba en cuanto a los siguientes extremos: *a)* califican de «sinsentido» la afirmación de Peces-Barba de que obedecer al Derecho es más lógico que desobedecerlo, ya que se puede llegar a esta conclusión o a la contraria en función de la adopción de unas u otras premisas; *b)* sostienen, en contra de la opinión de Peces-Barba, que las normas del ordenamiento jurídico, en una sociedad democrática, son heterónomas y rechazan que el consentimiento sobre las mismas sea la fuente del deber de obedecer, porque tal consentimiento «se da por supuesto en todo caso»; *c)* discrepan del mencionado autor en la idea de que también los gobernantes en este sistema jurídico (en una sociedad democrática) actúan sometidos a la ley, por la diferencia en los mecanismos coactivos que aseguran tal sometimiento, en relación con los de los particulares; *d)* señalan que los procedimientos para la adopción de decisiones no son iguales para todos los ciudadanos, como parece sostener Peces-Barba, y *e)* si bien es cierto que la incorporación al ordenamiento de mecanismos de protesta hace que disminuyan las razones para la desobediencia, la utilización de tales mecanismos no está exenta de dificultades ni de críticas por atacar al sistema desde dentro, lo que dificulta su efectividad.
En cuanto a la desobediencia civil, Estévez, Gordillo y, Capella rechazan la caracterización de las posiciones de quienes la practican como de «intransigentes, fanáticas y violentas» y consideran, paradójicamente, que las premisas que según Peces-Barba deben justificar tal desobediencia «constituyen un llamamiento a la desobediencia generalizada y, podrían conducir al caos» por su excesiva generosidad.
Acerca de la objeción de conciencia critican su configuración como un derecho de «interpretación restrictiva» y señalan la contraposición que en ella se produce entre el carácter del que gozan de ser una «concreción de la libertad ideológica» y «da excepción de una obligación», lo que produce el diferente tratamiento por los poderes públicos de distintas manifestaciones del Derecho, como la objeción al aborto y al servicio militar, amparándose erróneamente, a juicio de los autores, en uno u otro aspecto.

(Antonio González-Moro Tolosana)

FARRELL, Martín Diego.

Análisis crítico de la teoría marxista de la justicia.

Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 171 páginas.

Este libro se estructura en nueve capítulos. En los dos primeros (I. *El marxismo analítico* y II. *¿Es posible una teoría marxista de la justicia?*), el autor expone su objetivo: «utilizando el método analítico me propongo examinar las tesis de Marx respecto de la justicia. Pero el tema de la justicia marxista es demasiado amplio y necesita ser acotado para convertirlo en manejable (...). En consecuencia, voy a concentrarme en el análisis de la teoría marxista de la justicia distributiva». A continuación, proporciona una serie de argumentos que muestran la plausibilidad de este análisis.
En los tres capítulos siguientes (III. *La tesis de Wood-Tucker-Buchanan*; IV. *La polémica de Husami con Wood*; V. *Otras opiniones sobre la tesis de Wood*) se analizan las tesis de Wood, autor con el que «dio comienzo la vivificante literatura actual del marxismo analítico» y las que propician sus críticos que, a juicio del autor, «agotan todas las variantes interpretativas posibles del pensamiento de Marx acerca de la justicia».
En el capítulo VI (*Explotación y justicia*), el autor adopta una segunda vía de aproximación a la teoría marxista de la justicia: la idea marxista acerca de la explotación. Para ello expone las versiones de Roemer y Elster, las ideas de Wood respecto a este tema, las críticas que Reiman dirige a Roemer y los enfoques de Cohen y Wolff. Dado que la anterior perspectiva no permite llegar a una conclusión definitiva, en los capítulos VII y VIII (*La justicia y los derechos* y *El presunto utilitarismo de Marx*), se aborda el tema de la justicia en el pensamiento marxista desde el análisis de dos importantes cuestiones: el lugar que ocupan los derechos en la teoría marxista y la posible adhesión de Marx a los postulados utilitaristas. El autor concluye, corroborando la tesis de Brenkert, que «el acceso a la comprensión de la teoría marxista de la justicia no pasa por la identificación de Marx con el utilitarismo».
Por último, el capítulo IX (*Cuestiones pendiente*) incluye una serie de comentarios acerca de: I. *El tema de la justicia en «La cuestión judía»* y 2. *El individuo bajo el capitalismo y bajo el marxismo*. En estos apartados se pone de manifiesto la importancia de la crítica de los derechos que aparece en *La cuestión judía*, «cuya comprensión contribuye a interpretar correctamente su teoría de la justicia» y la necesidad de rescatar el valor del individualismo de la teoría marxista.

(Yolanda Reyes Ramos)

FARRELL, Martín D.

Libertad negativa y libertad positiva.

Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 2, 1989, págs. 9-20.

Tras analizar los conceptos de libertad negativa y libertad positiva el autor se plantea la cuestión de las relaciones entre uno y otro tipo de libertad. En su opinión, «la libertad negativa no es condición *suficiente* de la libertad positiva. Pero esta sola conclusión no permite de por sí condenar a la libertad negativa, ni considerarla como carente de utilidad. Porque falta responder a otro interrogante crucial: ¿es la libertad negativa condición *necesaria* de la libertad positiva?
Este interrogante -continúa el autor- es más complejo de lo que parece serlo a primera vista, y para poder contestarlo correctamente hay que descomponerlo en dos preguntas diferentes: 1 ª ¿Es la libertad negativa condición necesaria de la libertad positiva *para un individuo?* 2.ª ¿Es la libertad negativa condición necesaria de la libertad positiva *para un grupo social?*» La primera respuesta, según el autor, es afirmativa. «No obstante -añade-, me parece que el libertarismo ha exagerado las consecuencias de esta conclusión, y lo ha hecho incurriendo en una suerte de falacia de composición. Del hecho de que la libertad negativa sea necesaria para la libertad positiva de cada individuo, extraen la consecuencia de que también es condición necesaria para la libertad positiva de todos los individuos, es decir, del grupo social. Y esto no es así.»
Para demostrar esto el autor, en primer lugar, reformula la pregunta «¿es la libertad negativa condición necesaria de la libertad positiva para un grupo social?»de la siguiente manera: «¿Puede limitarse la libertad negativa de algún sector de la población para aumentar la libertad positiva de otro sector?» En segundo lugar, recurre a la suposición de una sociedad caracterizada por una aguda diferencia en la distribución de los recursos en la que el sistema jurídico distribuya la libertad negativa entre los ciudadanos de forma igualitaria y abundante, pero no así la libertad positiva. La solución para mejorar este estado de cosas, según el autor, consiste en redistribuir el ingreso de los integrantes del grupo por la vía impositiva. De esta forma, y con ciertos límites, reduciendo la libertad negativa del sector acaudalado de la población se incrementa la libertad positiva del resto.
«Considerado desde otro punto de vista añade el autor, el tema que he planteado constituye un buen criterio para distinguir entre teorías liberales (como la de Rawls) y teorías libertarias (como la de Nozick). Recordemos una de nuestras preguntas originales: "¿Es la libertad negativa condición necesaria de la libertad positiva para un grupo social?" Si la teoría es libertaria, la respuesta debe ser afirmativa. Si la teoría es liberal, la respuesta debe ser negativa.»

(Daniel González Lagier)

FERRARI, Vicenzo.

Funciones del Derecho (trad. María José Añón Roig y Javier de Locas Martín).

En este libro -escribe Javier de Lucas, autor del prólogo-, «a partir de la discusión general de los conceptos fundamentales y los problemas metodológicos de la Sociología del Derecho, a propósito del análisis funcional (...) se llega a una revisión del concepto de Derecho, del sentido de las normas, instituciones, operadores y conductas jurídicas, y de los fines que pretende que el Derecho realice, cuestiones todas ellas decisivas para la Ciencia y la Filosofía Jurídica». Ello se realiza, como se ha indicado, a partir del método funcional: «El análisis funcional -dice el autor- me parecía especialmente insoslayable en el campo específico de la Sociología del Derecho, que necesitaba precisamente una aproximación capaz de "comprender" críticamente las instituciones jurídicas, como instrumento de acción social. De ahí la necesidad, que hasta cierto punto me parecía evidente, de salvar algunos fundamentos del método funcionalista, despojándolos de sus connotaciones integracionistas y adaptándolos a una visión relativista y conflictual de la sociedad; ya que, hablando con propiedad, la verdadera oposición se encuentra entre sociología de la integración y sociología del conflicto y no entre funcionalismo y conflictualismo, que no son términos simétricos, ya que uno pertenece a la esfera metateórica y el otro a la teórica». En definitiva, este libro se propone la revisión de las dos grandes tradiciones sociológicas: la que subraya el carácter básico del conflicto y la concepción funcionalista. Este propósito se muestra especialmente en el estudio de las funciones que desempeña el Derecho. En este sentido, el autor revisa la noción defunción, señalando su relatividad y definiéndola finalmente como da tarea o el conjunto de tareas, no incompatibles entre sí, que son atribuidas primariamente al elemento (del que se predican) por el sujeto que actúa mediante él en el sistema». Propone también una concepción del Derecho que destaca su carácter de escenario de confrontación de las acciones de los sujetos e instrumentos de sus proyectos. Estos dos presupuestos tienen consecuencias importantes tanto en la revisión de los tradicionales «momentos» del Derecho (creación, aplicación e interpretación) y en la consideración de los operadores jurídicos y su función, por un lado, como para la cuestión de la legitimidad del Derecho y del sistema político, por otro.

(Daniel González Lagier)

FERRER SANTOS, Urbano.

Violencia y racionalidad.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 6, 1989, págs. 421-430.

«El concepto de violencia se esclarece, así, desde sus opuestos: en tanto que anti-natural, tiene su origen fuera del agente que la padece y en contra de sus tendencias constitutivas -nos dice el autor del artículo-; por contraposición a lo racional, no surge y se despliega según el logos, sino que aparece ex abrupto y carece de medida en su desarrollo (todo lo más es "explicable" por un objeto más o menos utópico). Será al contraluz de lo natural y lo racional, en sus diferentes modos de articulación, como examinaremos en el primer apartado los supuestos del acto de violencia. En un segundo lugar, la razón ilustrada nos propone unos criterios ético-políticos con carácter definitivo, desde los cuales medir los tipos de desviación que operan en los fenómenos violentos -y este es el objeto de la segunda parte del trabajo-. Por último, nos detendremos en el curso histórico posterior, indagando cómo pudo ocurrir que, la Filosofía de la Ilustración desembocara en los sucesos revolucionarios que jalonan el siglo XIX.

(Tomás Mingot Cortés)

FIGUERAS PAMIES, Montserrat.

La revolución en Cataluña. Ideas Jurídicas de Ramón Martí de Eixalá.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. VI, 1989, págs. 221-236.

En este artículo la autora estudia «cuál fue el eco ideológico revolucionario en el mundo occidental y concretamente en Cataluña y en el pensamiento de Ramón Martín de Eixalá». Para ello se ocupa del «hecho revolucionario francés de 1789» (apartado 1), de las «influencias ilustradas en Cataluña y en España» (apartado 2), y del «liberalismo, nacionalismo, socialismo y tradicionalismo en Europa, España y Cataluña» (apartado 4), para centrarse posteriormente en la influencia de estos temas en Cataluña (apartado 5).
«Como última conclusión del peso de la Revolución Francesa en Cataluña -finaliza la autora-, podemos decir que en la ideología produce nuevas formas de pensamiento para derrotar al Antiguo Régimen. Dentro de la Universidad, el inmovilismo de este Antiguo Régimen era representado por la Universidad de Cervera, y al triunfar las nuevas ideas a mediados del ochocientos, la restaurada Universidad de Barcelona representa el nuevo pensamiento dominante, también reflejado en Martí de Eixalá, si bien en la vertiente ideológica, política y social, el autor no va más allá del sain-simonismo (positivismo marcado de romanticismo) y de un liberalismo conservador, por otra parte, ostentado por la burguesía de su tiempo a la vez que, si bien el racionalismo revolucionario y la influencia en su obra jurídica de Domat y de Pothier le hace defender como jurista el espíritu codificador, en filosofía aceptará la experiencia del sensismo escocés y el valor de la conciencia y de los sentimientos.»

(Daniel González Lagier)

FRAILE, Pedro.

Estado e individuo. Delito y prevención.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 6, 1989, págs. 267-281.

Reflexiona el autor acerca de algunas cuestiones que suelen constituir preconcepciones postuladas del final del siglo XVIII (fundamentalmente, la idea de que el Derecho penal moderno se gesta en este período). El artículo se centra en la pregunta de si el aparato punitivo se dirige exclusivamente hacia el potencial infractor de la norma y en la sospecha de que las prácticas jurídicas -principalmente, las penales y procesales- no eran tan coherentes como se pretendía.

En su análisis, pretende «salir del razonamiento exclusivamente jurídico para integrarlo en el funcionamiento de la colectividad» y conocer la gestión y utilidad misma del sistema legal. En primer lugar, se refiere a las relaciones entre la soberanía y el castigo y concluye que «la propia justificación del poder delimitará con bastante precisión la legitimación del derecho a castigar» y que los profundos cambios de finales del XVIII colocaron al individuo en el centro de un discurso que se sirvió, frecuentemente, de la fórmula contractual. Los atributos del nuevo modelo de dominación (panoptismo, inexorabilidad, impersonalización, etc.) se trasladarán hacia lo penal, pero «provenían más de las necesidades que estaba imponiendo el medio social, que del desarrollo de la lógica interna de los principios inicialmente diseñados».

Por otra parte, «la rápida transformación de la economía del ochocientos irá consolidando un determinado tipo de intervencionismo. Precisamente en esta dinámica se consolidará una política de prevención que externalizará los métodos y saberes construidos en el discurso penitenciario».

«El poder establecido e institucionalizado está cada vez más legitimado para inmiscuirse en la vida cotidiana de los ciudadanos, y tal actitud está respaldada por todo un proceso de reflexión y actuación que se produce a lo largo del siglo XIX y que, aparentemente, parte de la afirmación y defensa de la individualidad. La idea de que el sistema penal se dirige hacia el potencial contraventor parece difícil de sostener tras este análisis».

Por último, «las posturas, incluso radicalmente burguesas, que no resultaban funcionales en este proyecto, impuesto por la cambiante realidad, fueron hábilmente arrinconadas».

(Antonio Doval)

FARRELL, Martín D.

El dilema de Gauthier.

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 39-48.

La teoría de Gauthier concluye en un dilema: «si la conducta es racional no siempre es moral, y si la conducta es moral no siempre es racional». «Para mostrar el dilema -dice el autor de este artículo - voy a proceder de acuerdo a los siguientes pasos: primero, voy a examinar la caracterización de la racionalidad que propone Gauthier; segundo, trataré de mostrar que ese tipo de racionalidad no conduce a la aceptación de restricciones morales; tercero, analizaré el recurso empleado por Gauthier para arribar a restricciones morales y sostendré que no es racional aceptar ese tipo de restricciones; finalmente, estudiaré una posible solución del dilema, la que creo que no resulta exitosa».
Tras dar estos pasos, el autor llega a la siguiente conclusión: «Gauthier se propuso fundamentar la moral en la racionalidad y fue rápida presa de un dilema. Si caracterizaba adecuadamente a la racionalidad, el individuo racional no aceptaba restricciones morales; y si caracterizaba adecuadamente a la moral, la conducta del individuo moral no siempre era justificable racionalmente. El dilema no se soluciona distinguiendo dos conceptos distintos de racionalidad, puesto que la racionalidad como justificación no es un concepto moralmente neutro. El dilema planteado al comienzo sigue en pie.»

(Daniel González Lagier)

GARCÍA AMADO, Juan Antonio.

Introduction a l'oeuvre de Niklas Luhmann.

Droit et Societé, París, núm. 11-12, 1989, págs. 16-51.

La extensa obra de Niklas Luhmann constituye un intento de explicación global del funcionamiento del sistema social. Se pretende en este articulo ofrecer un panorama de conjunto de la teoría de Luhmann en su versión más acabada. Para ello, se comienza por mostrar qué elementos hacen posible cualquier forma de interacción social, y, a continuación, se describe cómo a partir del sistema social global o sociedad, y a medida que la sociedad se hace más compleja, se decantan los diferentes subsistemas sociales, como el jurídico, el económico, el científico, etc. Por último, se pone el acento en lo que, según Luhmann, constituye los mecanismos de funcionamiento de cada uno de esos sistemas. Por fin, todo ello se ilustra con el ejemplo del funcionamiento del sistema jurídico.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

Acerca del concepto de legitimidad.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, núm. 5, 1988-89, págs. 343-366.

El artículo tiene por objeto «analizar algunos problemas vinculados con la obtención de criterios que nos permitan calificar de legítimo o ilegítimo a un determinado sistema político. En una primera aproximación a este tema podría pensarse que la mera aplicación de un procedimiento aceptado por los miembros del respectivo sistema (...) ofrece una vía segura para resolver la cuestión de su legitimidad o ilegitimidad». Con el fin de ilustrar la insuficiencia de este enfoque, en los dos primeros apartados, el autor expone dos teorías puramente procedimentales: la de Niklas Luhmnann y la de James M. Buchanan. Luhmann trata de eliminar toda referencia valorativa, de modo que, a su juicio, el procedimiento cumple la función de legitimar el sistema.» El error de Luhmann consiste -indica el autor - en creer que la calidad puramente formal del procedimiento puede bastar para asegurar la legitimación (o legitimidad) del sistema dejando de lado su contenido y los efectos reales del mismo en las expectativas de los miembros del sistema.» La concepción de Buchanan supone un avance con respecto a la de Luhmann, ya que acepta el concepto de legitimidad como concepto valorativo e introduce un valor que debe ser respetado dentro de una concepción liberal: el valor del individuo como ser claramente delimitado y portador de derechos, Sin embargo, su enfoque plantea problemas similares al de Luhmann: el valor del individuo como ser claramente delimitado y portador de derechos. Sin embargo, su enfoque plantea problemas similares al de Luhmann: el concepto de consenso unánime en Buchanan, así como el de procedimiento en Luhmann, «es una especie de sustituto ético del Derecho natural». La única limitación que Buchanan impone al procedimiento es la del consentimiento unánime, pero si el acuerdo «no va acompañado de ciertas limitaciones valorativas, el respeto a la decisión individual exclusivamente puede conducir a resultados aberrantes».
En el tercer apartado el autor traza la distinción de tres conceptos estrechamente vinculados: el de legitimación, el de legitimidad y el de estabilidad. Tras una breve descripción de ellos, señala que el ámbito de la legitimación «no proporciona criterios suficientes para decidir acerca de la legitimidad de un sistema político». Asimismo, pone de manifiesto la cierta «sacralización de la legalidad y su confusión con la legitimidad» que está presente en las obras de Luhmann y Buchanan «cuando erigen al procedimiento como criterio de verdad política y establecen una relación univoca entre evaluación y criterios procedimentales».
En el cuarto y último apartado, el autor trata de «esbozar el marco valorativo al que debe estar sujeto el procedimiento de elaboración de normas y decisiones para que pueda decirse que posee legitimidad». Dada la insuficiencia de los enfoques puramente procedimentales, es preciso introducir elementos de delimitación y control. «Así -concluye el autor- puede decirse que un sistema político S posee legitimidad si y sólo si representa el principio de igualdad esencial de sus miembros y procura superar y/o compensar las desigualdades accidentales a través de la imposición de deberes negativos y positivos sancionados mediante un procedimiento democrático pluralista, de acuerdo con la

disponibilidad de recursos de la respectiva sociedad.»

(Yolanda Reyes Ramos)

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

El terrorismo de Estado (El problema de su legitimación e ilegitimidad).

Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 65, 1989, págs. 35-55.

El autor se propone en este artículo analizar el terrorismo de Estado desde el punto de vista de su legitimación fáctica y de su ilegitimidad ética. «Me interesa primordialmente considerar los argumentos que quienes propician o practican el terrorismo de Estado suelen utilizar para justificarlo. Aunque estos argumentos serán ilustrados con declaraciones de teóricos y protagonistas del terrorismo estatal practicado en Argentina durante los años del llamado "Proceso de reorganización nacional", el presente estudio no pretende aportar nuevos datos históricos sobre el caso argentino, sino más bien formular algunas reflexiones acerca del fenómeno político del terrorismo de Estado en general, desde la perspectiva de la ética normativa.»

El artículo aparece dividido en los siguientes apartados: I. *Distinción conceptual entre legitimación y legitimidad*; II. *El concepto de terrorismo de Estado*; III. *La legitimación del terrorismo de Estado*; IV. *La ilegitimidad del terrorismo de Estado*.

En el primer apartado el autor precisa la distinción entre los conceptos de legitimación e ilegitimidad. La legitimación, o aceptación de la regla básica de un sistema por parte de quienes detentan el poder, junto con el poder de imposición, son las dos condiciones necesarias cuya unión las transforma en suficientes para la existencia de un Estado. El régimen del terrorismo de Estado existe porque satisface ambas condiciones. Por el contrario, la legitimidad, entendida como «la concordancia de los principios sustentados por la regla de reconocimiento del sistema con los de la moral crítica o ética (...) no es condición necesaria ni suficiente para la existencia de un sistema político».

En el segundo apartado se define el terrorismo de Estado como aquel sistema político entre cuyas características destaca «la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado», así como el que «obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder».

Bajo el epígrafe «La legitimación del terrorismo de Estado», el autor analiza los argumentos a los que se acogen quienes apoyan y/o practican medidas de gobierno que permiten que su sistema político quede comprendido en la categoría de terrorismo de Estado.

En el último apartado Garzón Valdés explica la inaceptabilidad ética de los anteriores argumentos y finaliza con la siguiente conclusión: «Las medidas propias del terrorismo de Estado suponen una regla de reconocimiento que contradice el núcleo mismo de toda posible justificación del Estado (...). Quien frente a esta regla de reconocimiento, adopta un punto de vista interno, es decir, cree en su legitimidad, al transformar sus propias creencias en criterio de verdad absoluta, se lanza por la vía del fanatismo y cierra toda posibilidad de recurrir a la argumentación política racional. En este sentido, el terrorismo de Estado puede cabalmente ser calificado como una forma demencial de gobierno.»

(Yolanda Reyes Ramos)

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

La polémica de la justificación ética de la conquista.

Sistema, Madrid, núm. 90, 1989, págs. 65-76.

Dada la persistencia de la polémica sobre la justificación ética de la conquista española de América (polémica que dura ya más de cuatro siglos), el autor sugiere un enfoque diferente que, sobre la base de la distinción de niveles de discusión y un repaso de sus argumentos, contribuya a explicar la actualidad de esta polémica.

Respecto a los niveles de discusión, se encuentra, en primer lugar, el de la explicación, que se refiere simplemente a la motivación del comportamiento y a las circunstancias en que éste se realizó. Por el contrario, los otros dos niveles, el de la justificación y el de la excusa, se mueven en el campo de lo normativo.

El nivel de la justificación pretende sostener que la acción realizada fue buena y, al mismo tiempo, ofrecer razones que fundamenten esta afirmación, utilizando para ello dos clases de argumentos: los teológicos (que, por su carácter absoluto, está más allá de toda objeción racional) y los racionales, que básicamente consisten en: otorgar a la conquista un carácter paternalista éticamente justificado; considerar que aspiraban a la eliminación de la tiranía que padecía la población indígena; atender al hecho de que, pese a ser un hecho reprochable, asegura las ventajas de la civilización; o, por último, justificarla como una forma adecuada de promover el comercio entre los países. Tras analizar detenidamente los distintos argumentos el autor llega a la conclusión de su invalidez para justificar éticamente la conquista.

En el nivel de las excusas podría sostenerse que, pese a ser éticamente reprochable, no fue intencional («se realizó dentro de un marco de circunstancias inevitables»), pero este argumento tropieza con el obstáculo de que ya en los primeros años de la conquista se dudó sobre la solidez de su fundamentación.

Por lo que se refiere a la actualidad de esta polémica, cabe destacar que la «responsabilidad moral actual por hechos del pasado» puede defenderse sólo en el caso de que la distancia temporal sea reducida; por ello, «el intento de centrar la discusión de la conquista en el nivel de la responsabilidad moral actual de los descendientes de conquistadores o de quienes habitaron el territorio español en el siglo XVI es una empresa disparatada». Aunque, si lo que sucede -tal como opina el autor- es que la injusticia originaria es continuamente actualizada, se tratará de «una injusticia actual, cuyos responsables no son agentes temporalmente distantes, sino actores del presente». Como consecuencia, la relevancia de la polémica de la conquista consiste en que «la persistencia de la discusión adquiere una dimensión de trágica reiteración motivada por la casi nula transformación de la condición del indio y puede servir para la interpretación de parte de la actual realidad latinoamericana».

(Isabel Lifante)

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

Algo más acerca del «coto vedado».

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs, 209 a 213.

El artículo constituye una respuesta a las observaciones formuladas por Javier de Lucas en relación con un trabajo anterior del mismo autor publicado en este número de Doxa. Dos son los aspectos a los que se trata de dar respuesta: por un lado, el contenido y alcance del «coto vedado» y, por otro, la posibilidad de incluir a Kelsen como partidario del coto vedado.
Respecto del primer aspecto -el contenido y alcance del «coto vedado»- hay que comenzar distinguiendo, por un lado, la forma por medio de la cual nos enteramos de su existencia universalmente aceptada recurriendo al «catálogo de derechos humanos incluidos en las declaraciones de las Naciones Unidas y, aprobados por todos los Estados del mundo» y, por otro lado, el problema de la «justificación» de los mismos «que puede ser solucionado sin necesidad de recurrir a fundamentaciones metafísicas o teológicas. Basta pensar en las propuestas del objetivismo ético». Otra cuestión fundamental es la relacionada con la «producción normativa con relación al "coto vedado", ella debe ser entendida primordialmente en el sentido de la realización efectiva de los derechos incluidos en él». En cambio, cuando se trate de los deseos secundarios de los representados, éstos deben ser respetados, aunque introduciendo una cláusula cautelar basada en la mayor información del representante. El autor concluye este primer apartado aludiendo a las dificultades que existen para que un sistema político real pueda considerarse como «democracia representativa perfecta», especialmente si el ideal que subyace a la democracia es lograr la completa autodeterminación de cada cual.
El segundo aspecto sobre el que se insiste en este articulo es el de la vinculación de Kelsen a la tesis del «coto vedado». Basta para ello con recordar la propuesta de Kelsen de «admitir una definición de democracia representativa que no admita el dominio de la mayoría y que acepte que "el principio de la mayoría" y, por lo tanto, la idea de democracia, es una síntesis de las ideas de libertad e igualdad».

(Ángeles Ródenas Calatayud)

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

Representación y democracia.

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 143 a 163.

El autor comienza este trabajo en torno a la justificación de la democracia parlamentaria con una breve referencia a «los argumentos que se esgrimieron en su hora a su favor y luego fueron tomados también en cuenta para criticar[la]», usando como guía las teorías desarrolladas por Edmund Burke y Carl Schmitt. Seguidamente se propone «exponer algunos puntos centrales del fundamento democrático del parlamentarismo», recurriendo a los estudios ya clásicos de Hans Kelsen. Por último, aborda la cuestión de la justificación ética de la representación parlamentaria centrándose en tres aspectos fundamentalmente: la relación que debe existir entre representados y representantes, la necesidad de excluir algunos temas básicos de la negociación parlamentaria y la exigencia de una mínima homogeneidad social para que sea factible el compromiso parlamentario.

Respecto a la relación que debe existir entre representados y representantes suele pensarse en dos posibilidades. En principio, sólo la delegación o mandato gozarían de legitimación suficiente ya que, si es precisamente el consentimiento que cada persona presta a la institución representativa lo que fundamenta esta última, el representante no podrá ignorar los deseos del representado a la hora de tomar una decisión concreta.

Pero este argumento puede cuestionarse atacando la premisa implícita de la competencia básica del representado, lo que, a su vez, llevaría a cuestionar la fundamentación de la representación política en el consentimiento fáctico del representado. La respuesta negativa a ambos temas podría llevar a rechazar la justificación de la representación como mandato y a considerar la representación independiente como un verdadero caso de paternalismo jurídico justificado.

En opinión de Ernesto Garzón, defender la libertad del representante en la búsqueda de la satisfacción de los intereses reales de los representados supone «una innegable dosis de realismo, por lo que respecta a la relación entre los deseos de las personas deficientemente informadas, tal y como es el caso en las complejas sociedades modernas, y la satisfacción cabal de sus necesidades». No obstante, plantea un serio problema de límites, pues, con la excusa de conocer siempre los intereses de la gente mejor que los propios afectados, se puede dar pie a un paternalismo jurídico inaceptable.

A continuación, el autor trata de delimitar la gestión del representante distinguiendo entre dos tipos diferentes de actividad según los ámbitos en los que se opere: Cuando se trate de bienes básicos la actitud ha de ser la de afianzamiento de su vigencia efectiva. En cambio, respecto de los deseos secundarios de la gente rige el principio de respetar los deseos de los representados.

La determinación de cuáles sean esos bienes básicos para la realización de todo plan de vida se llevará a cabo mediante el recurso a un consenso hipotético en el que se acepte criterio marco, como son los de imparcialidad y universalidad. Y es precisamente en éste ámbito en el que Ernesto Garzón considera justificada una actitud paternalista, consecuentemente hay que aceptar que para estos casos regiría un principio de dictadura.

Pero la negociación y el compromiso, sujetos a consideraciones prudenciales, no garantizan por sí solos el éxito de un sistema democrático. Es necesaria, además, la igualdad aproximada de recursos jurídicos y políticos. Respecto a cuál sea el criterio que nos permita determinar cuándo una sociedad es homogénea, la propuesta de Ernesto Garzón es la siguiente: «Una sociedad es homogénea cuando todos sus miembros gozan de los derechos incluidos en el coto vedado de los bienes básicos.»

(Ángeles Ródenas Calatayud)

GASCÓ ABELLÁ, M., y PRIETO SANCHÍS, L.

Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, núm. 5, 1988-89, págs. 97-121.

Si en toda función juzgadora cabe apreciar un insuprimible momento creativo, en la que desarrolla el Tribunal Constitucional, la que pudiéramos llamar argumentación extrasistemática ocupa un lugar principalísimo, y no hace falta comulgar con ninguna corriente «realista» para reconocer que muchas veces la Constitución es lo que el Tribunal dice que es. Esta es la idea de la que parte el trabajo, a fin de desentrañar la concepción de los derechos fundamentales que se desprende de una sentencia del Tribunal Constitucional importante y significativa, pero aislada, como es la relativa a la objeción de conciencia. No se tratan, por tanto, todos los aspectos que cabe observar en la regulación de la objeción de conciencia, sino sólo los relevantes para conceptuarla o no como un derecho fundamental. En la argumentación del Tribunal caben resaltar dos aspectos: de un lado, niega que la objeción de conciencia sea un derecho fundamental, aunque aparentemente no lo hace con el fin de someterla al «regateo político», por más que éste sea el resultado último como consecuencia de una muy restrictiva interpretación de la teoría de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales. De otra parte, la «desfundamentalización» operada sirve para transformar el contenido del derecho, haciendo de él casi una mera acción procesal. Por ello, y tras un análisis de la sentencia, los autores ven en ella una concepción minimizadora, cuando no desvirtuadora, de los derechos fundamentales, por lo que consideran deseable interpretarla como excepcional en muchos aspectos.

(Marina Gascón)

GAUTHIER, David.

¿Por qué contractualismo?

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 19-38.

El autor del artículo pretende poner de manifiesto como la moralidad se ve enfrentada con una crisis de fundamentación y cómo, ante esta crisis, el contractualismo parece ofrecer la única solución plausible.
El autor explica por qué no es posible «rechazar la idea de una crisis de fundamentación en la moralidad como resultado de una apelación fuera de lugar a una idea de fundacionalismo, filosóficamente desacreditada o sospechosa», para lo cual expone el carácter y las dimensiones de la crisis. Sostiene que «la moralidad tiene ante sí un modo de justificación alternativo, conflictivo, más profundo, relacionado con nuestro sentido profundo de nosotros mismos que vale para todo el ámbito de la elección y la acción y que evalúa cada acción en términos de los intereses reflexivamente sustentados por su agente». «Me parece -prosigue el autor- que está fuera de duda la relevancia de los intereses de la gente para la justificación práctica. La relevancia de toda otra cosa, excepto en la medida en que afecte los intereses de la gente, me parece sumamente dudosa. Si los intereses reflexivamente sustentados por el agente, sus preferencias, deseos y propósitos, son, conjuntamente con sus creencias meditadas, parte constitutiva de su autoconcepción, no puedo ver ninguna vía remotamente plausible de argumentar sobre su relevancia que no esté similarmente relacionada con su sentido de si mismo. Y, en verdad, no puedo ver forma alguna de introducir algo que sea relevante para la justificación práctica, excepto a través de la autoconcepción de la gente.»
El autor concluye este artículo señalando que da crisis fundacional de la moralidad se resuelve mostrando la racionalidad de nuestro cumplimiento de las restricciones a la persecución de nuestros deseos, propósitos e intereses acordadas mutua y racionalmente. Aunque desprovista de la base de valores objetivos o de un orden objetivamente teleológico, y confrontada con un modo más fundamental de justificación, la moralidad sobrevive al incorporarse ella misma a ese modo».

(Ángeles Ródenas Calatayud)

GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa).

Curso de técnica legislativa.

Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 323 páginas.

El presente volumen está compuesto por los siguientes trabajos: 1. *Elementos para la definición de un programa de Técnica Legislativa* (Pablo Salvador Coderch); 2. *El título de las leyes* (Pablo Salvador Coderch); 3. *Preámbulo y disposiciones directivas* (Miquel Martín Casals); 4. *Sanción, promulgación y orden de publicación* (Carles Viver Pi-Sunyer); 5. *Sistemática y división de las leyes* (M.ª Teresa Castiñeira Palau); 6. *La parte final de las leyes* (Carles Viver Pi-Sunyer); 7. *Las leves modificativas* (María Teresa Castiñeira Palau), 8. *La publicación de las leyes* (Pablo Salvador Coderch); *Planificación de la intervención legislativa* (Miquel Martín Casals); *La técnica de las Checklisten* (Miquel Martín Casals); *Teoría y técnica de la legislación. Metabibliografía y bibliografía básicas*. GRETEL (Pablo Salvador Coderch); *Borrador de directrices sobre la forma y estructura de las leyes*. GRETEL.

(Josep Aguiló Regla)

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús.

Libertad, igualdad, fraternidad en el socialismo jacobino francés (1830-1848).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. VI, 1989, págs. 135-149.

Este artículo es una síntesis de algunos apartados de los capítulos segundo y tercero del libro *Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático*. Concretamente el artículo está dividido en dos epígrafes. En el primero, se ofrece una visión panorámica de la evolución del movimiento republicano durante la Monarquía de Orleáns, resaltando la gran importancia que los primeros y los últimos años del período orleanista tuvieron de cara al asentamiento posterior de la democracia en Francia. Asimismo, en este epígrafe se pone de relieve la existencia de algunas asociaciones republicanas, entre las que merece destacarse la Société des droits de l'homme et du citoyen. La especial importancia de esta asociación descansa en tres razones:

- Estaba integrada, a diferencia de las demás asociaciones, no sólo por viejos jacobinos y jóvenes estudiantes republicanos, sino también por trabajadores.
- El acercamiento entre trabajadores y jacobinos iba a favorecer la fusión de dos corrientes: la democracia jacobina y el socialismo asociacionista o cooperativo, el socialismo se republicaniza, mientras que el jacobinismo se «socializa».
- Supone un intento del pensamiento republicano por adaptarse a la nueva situación política, económica y social, y por tener un programa político coherente y verosímil.

El segundo epígrafe está dedicado a analizar las nociones de libertad, igualdad y fraternidad, tal y como fueron expuestas en los panfletos publicados por la Société des droits de l'homme et du citoyen y en la obra del principal socialista jacobino, Louis Blanc, toda vez que este socialismo se presentaba a sí mismo como el resultado de una evolución pacífica, sin rupturas ni saltos cualitativos, desde el liberalismo democrático al socialismo, de tal modo que este no consistía sino en la profundización de los verdaderos ideales de 1789, o lo que es lo mismo, en la redefinición de los tres conceptos de la célebre divisa revolucionaria: Libertad, Igualdad, Fraternidad. El objetivo de este segundo epígrafe es, por tanto, analizar la redefinición de esos tres conceptos propuestos por los socialistas jacobinos.

GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús.

Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático.

Ed. Centro de Investigaciones Sociológicas-Siglo XXI, Madrid, Colección Monografías, núm. 104, 1989.

El presente libro, centrado en el análisis de la contribución de Louis Blanc a la historia del pensamiento socialista, consta de cuatro capítulos. El objeto del primero es dibujar el marco histórico, político, económico, social e ideológico en el que se desarrolla la parte más relevante de la vida y obra de Blanc: Monarquía de Orleáns, Revolución de febrero de 1848 y II República, resaltando la importancia de dicha revolución y de los primeros meses de la II República de cara a la formación de una doctrina socialista democrática.

En el segundo capítulo se analizan las distintas corrientes de pensamiento que florecieron en los círculos opositores del régimen orleanista, poniéndose especial énfasis en el análisis, a partir de las publicaciones de las primeras sociedades republicanas que surgieron durante el orleanismo, de los conceptos políticos fundamentales -asociación, libertad, igualdad, propiedad, sufragio universal- de ese pensamiento republicano que fue deslizándose hacia el socialismo a medida que entraba en contacto con la incipiente clase trabajadora. Asimismo, en este segundo capítulo se dedica un apartado a estudiar las ideas fundamentales del romanticismo social o humanitarismo, tan influyente en la obra de los socialistas republicanos, y en concreto, las nociones de progreso y de pueblo. La razón de ser de este capítulo radica en el hecho de que la obra de Blanc supone la síntesis más brillante y coherente de las doctrinas republicanas jacobinas, de las corrientes cooperativistas que aparecieron entre los trabajadores lyoneses y parisinos, y de las ideas románticas y humanitarias que florecieron durante la Monarquía orleanista.

El tercer capítulo del libro está dedicado exclusivamente a la figura de Blanc. Además de una breve biografía donde se resaltan los momentos más relevantes de su vida activo periodista opositor durante la Monarquía orleanista, primer socialista miembro de un gobierno francés en 1848, diputado de la Asamblea Nacional en ese mismo año, exiliado en Londres desde agosto de 1848 hasta 1871, y diputado radical socialista durante las diferentes legislaturas de la III República hasta su muerte en 1882, -se analizan en este capitulo las tres dimensiones básicas de la obra de Blanc- su filosofía de la historia dividida en tres periodos, en función del principio dominante en cada uno de ellos: autoridad, individualismo, fraternidad, su concepción de la democracia Blanc fue durante la Monarquía de Orleáns uno de los más ardientes defensores del sufragio universal frente a los planteamientos doctrinarios y liberales, y, posteriormente, durante la II República, la defensa del sufragio universal le enfrentó con los sectores socialistas revolucionarios, y su ideología socialista que giraba en torno a las nociones de libertad, entendida como capacidad real y como participación política, de igualdad entendida como satisfacción de las necesidades humanas básicas, y de fraternidad.

El capítulo cuarto y último se ocupa de sugerir, a propósito del debate que tuvo lugar en la Asamblea Nacional Francesa en 1848 en torno a la constitucionalización de los derechos humanos de carácter

económico y social, y sobre todo del derecho al trabajo, y teniendo en cuenta algunos antecedentes históricos, las nociones básicas de una concepción socialista -democrática y liberal- de los derechos humanos, alternativa a la concepción liberal conservadora.
El libro concluye con un epílogo en el que se analiza críticamente el papel que de manera generalizada se atribuye a Blanc en la historia del pensamiento socialista, reivindicándose para este autor un lugar más relevante en dicha historia.

GONZÁLEZ VICEN, Felipe.

Obediencia y desobediencia al Derecho. Unas últimas reflexiones.

Sistema, Madrid, núm. 89, 1989, págs. 105-109.

La intención del autor es aclarar su posición de principio en el largo debate surgido como consecuencia de la publicación, en 1979, de su artículo *La obediencia al Derecho*. Para lograrlo, en primer lugar, analiza qué se entiende por «obediencia», destacando que se trata de un término enormemente multívoco y exponiendo cómo la obediencia al Derecho no está fundada en ninguna necesidad ética. En segundo lugar, se detiene en un hecho contrapuesto: la «desobediencia» al Derecho, poniendo de relieve lo que el término implica de voluntariedad y, fundamentalmente, la importancia que alcanzaron los «hombres éticos» (aquellos capaces de desobedecer conscientemente al Derecho, aquellos que saben siempre lo que tienen que hacer y por qué tienen que hacerlo) en el intento de salvar «el nombre de Europa de entre las ruinas y la disolución».

(Isabel Lifante)

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe.

Pierre Bayle y la ideología de la Revolución.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. VI, 1989, págs. 15-22.

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

(Daniel González Lagier)

GUISÁN, Esperanza.

Persuasión y razón en ética y política.

CAMPS, Victoria.

Una metaética sin pretensiones (respuesta a Esperanza Guisán).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. VI, 1989, págs, 455-466.

Estos artículos constituyen un comentario crítico de Esperanza Guisán a la obra de Victoria Camps *Ética, retórica y política* y la réplica de esta última.
Las objeciones de Esperanza Guisán a esta obra «son de índole preferentemente meta-ética, refiriéndose de un modo especial al estatuto epistemológico de los enunciados de la filosofía moral y política, más que a los principios, normas y valores que configuran su concepción de la vida ética y política recomendable que, casi sin excepciones, suscribo». En este sentido, opina que «ni la "memoria histórica" a la que se hace referencia en esta obra (...) parece ser definida con claridad precisa ni constituir un referente decisivo en ética, ni la *retórica*, o método de la persuasión, frente a la razón o método de la convicción, se presenta con unos contornos bien definidos que nos indiquen en qué consiste *persuadir* en ética utilizando métodos moralmente justificables, si no racionales por lo menos razonables, frente a la propaganda abusiva, la sugestión hipnótica, etc.»
Y añade esta autora: «Al margen de la, a mi modo de ver, debilidad epistemológica de la argumentación campsiana, habría que poner de manifiesto el factor corrosivo y desmoralizador que supone la propuesta de la *retórica, nada más*, como método propio de la actividad del filósofo de la Moral, carente del asidero de una razón práctica, ni siquiera en su versión más débil, que se ha desvanecido totalmente en la obra de la filósofa catalana.»
Por su parte Victoria Camps escribe en su réplica: «Sin duda mi metaética es débil. Es posible que no haya llegado a superar el descrédito wittgensteiniano hacia cualquier tipo de metalenguaje. Pienso que el trabajo del filósofo tiene que ser hoy menos ambicioso que antaño, y, por lo mismo, podrá ser más fructífero.»
Por otra parte, entiende, respecto a la segunda objeción de Esperanza Guisán, que «no es cierto que yo proponga a la retórica "como método propio de la actividad del filósofo de la Moral, carente del asidero de una razón práctica, ni siquiera en su versión más débil"».
«No creo que mi postura -continúa- sea tan distante de la de mi objetora, cuando a mí, como a ella, me preocupa el paso de la teoría a la práctica. Si apuesto por la retórica, por los medios, o por una ética de la responsabilidad o de las consecuencias, es, precisamente, porque pretendo no separar radicalmente la razón del sentimiento, la "necesidad moral" que siempre se da bajo fórmulas abstractas, y la contingencia empírica que no debería contradecir esa necesidad.»

(Daniel González Lagier)

HELIN, Markk.

Sobre la evolución de la argumentación en la dogmática privada finlandesa en el período 1920-1960 (trad. Jaime Alonso Gallo).

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 427-458.

«De acuerdo con una idea bastante común -opina el autor- la investigación en la dogmática jurídica está estrechamente vinculada con el derecho positivo, sus resultados tienden a ser más reproductivos que productivos y sus lazos con el derecho legislado la hacen ser en gran medida inmune a las tendencias intelectuales. Esta concepción es, si no equivocada, sí al menos indudablemente parcial.» Con el fin de demostrar que la investigación en la dogmática jurídica está considerablemente menos asociada al derecho positivo de lo que generalmente se cree (especialmente por lo que respecta a la dogmática privada), el autor analiza la evolución de la investigación sobre el Derecho privado finlandés en el período comprendido entre 1920 y 1960, intentando también establecer cómo influyeron los cambios en cuestión en la naturaleza de los resultados producidos por la dogmática jurídica, y en las posiciones tomadas sobre el contenido de las normas legales («proposiciones interpretativas»). Para ello realiza, en primer lugar, un breve esbozo de dos modelos «que han tenido un considerable impacto en la investigación de Derecho privado en Finlandia», esto es, la dogmática conceptualista y el realismo jurídico escandinavo. En segundo lugar, distingue las siguientes etapas en la evolución de estos modelos (cada una de las cuales coincide con un apartado del artículo): *La argumentación en la dogmática jurídica en los primeros años veinte*, *El episodio realista al final de los años veinte*, *Regreso a la dogmática jurídica conceptualista*, *El período de cambio* y *El período de consolidación*.

(Daniel González Lagier)

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael.

Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica.

PPU, Barcelona, 1989, 489 págs.

Este libro se divide en dos grandes secciones: Teoría General del Derecho y Teoría General de la Ciencia Jurídica, y trata de los siguientes temas:
PRIMERA PARTE: *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO*: Capítulo 1: *Presupuestos lingüísticos*. I. Entidades lingüísticas; II. Nociones semánticas. Capítulo 2: *Naturaleza del Derecho*: I. El Derecho como conjunto; II. Naturaleza de las entidades jurídicas; III. Los Cuerpos Jurídicos; IV. Definición de Derecho. Capítulo 3: *Análisis lingüístico de los enunciados jurídicos*: I. Clasificaciones tradicionales de los enunciados jurídicos; II. Enunciados jurídicos prescriptivos y enunciados jurídicos cualificatorios; III. Suposición y consecuencia. Capítulo 4: *Enunciados metalingüísticos*: I. Definición; II. Clasificaciones de los enunciados metalingüísticos; III. Enunciados deónticos. Capítulo 5: *Ficciones, presunciones y remisiones*: I. Ficciones legales; II. Presunciones jurídicas; III. Remisiones. Capítulo 6: *Reglas de rechazo*: I. Negaciones de prescripciones; II. Disposiciones derogatorias; III. Las reglas de rechazo y los análisis de O. Weinberger; IV. Otras reglas de rechazo. Capítulo 7: *Normas de competencia*: I. La concepción jerárquica del Derecho; II. Las normas de competencia como disposiciones prescriptivas; IV. Las normas de competencia como enunciados cualificatorios; V. Normas de competencia y remisiones; VI. Reglas de admisión; VII. Un Derecho sin reglas ni rechazo, ni reglas de admisión. Capítulo 8: *Permisiones*: I. Las expresiones de derecho subjetivo como nombres con sentido y referencia; II. Las expresiones de derecho subjetivo como nombres sin sentido y sin referencia; III. Las expresiones de derecho subjetivo como enunciados directivos; IV. Variedad de permisiones. Capítulo 9: *Derecho y tiempo*. I. El Derecho en el tiempo y el tiempo en el Derecho; II. El tiempo en la suposición; III. El tiempo en la consecuencia; IV. Simbolizaciones; V. Retroactividad; VI. Ultractividad.
SEGUNDA PARTE: *TEORÍA GENERAL DE LA CIENCIA JURÍDICA*: Capítulo 10: *Enunciados elementales de la Ciencia del Derecho*.

I. Clasificaciones de los enunciados de la Ciencia del Derecho; II. Definiciones; III. Enunciados asertivos metajurídicos y enunciados asertivos no metajurídicos; IV. Enunciados interpretativos; V. Enunciados consecutivos; VI. «Según el Derecho». Capítulo 11: *El Derecho y su correspondencia con la realidad*. I. Eficacia; II. Efectividad; III. Cumplimiento y violación del Derecho; IV. Obediencia y desobediencia al Derecho; V. La aplicación del Derecho. Capítulo 12: Personas jurídicas: I. La ambigüedad de las oraciones de obligación; II La ambigüedad de las oraciones permisivas; III. Sujetos jurídicos. Capítulo 13: *La obligatoriedad del Derecho*: I. La fuerza obligatoria del Derecho; II. La obligatoriedad de la obediencia al Derecho. Capítulo 14: *La ciencia del Derecho y la lógica ordinaria*: I. La lógica ordinaria; II. Teoría jurídica cualificatoria; III. Teoría jurídica normativa; IV. Teoría jurídica global. Capítulo 15: *La ciencia del Derecho y la lógica práctica*: I. La lógica práctica;

II. La lógica de las normas; III. La lógica deóntica; IV. La lógica jurídica; V. Conclusión. Capítulo 16: *El problema del conocimiento jurídico*; I. La denominada «ciencia del Derecho», ¿es realmente una ciencia?; II. ¿Es la ciencia jurídica un conocimiento factual?

(Daniel González Lagier)

HERRERA FLORES, Joaquín.

Los derechos humanos desde la escuela de Budapest.

Partiendo de la consideración de que «los derechos humanos constituyen una realidad histórica cambiante, exigiendo, por tanto, un tipo de reflexión flexible que, a la vez que proyecte sobre los mismos una explicación de su dinámica, no obvie esa naturaleza proteica que los caracteriza», el autor elige, para el estudio de su fundamentación, «las bases metodológicas y las categorías teóricas que la escuela de Budapest ha ido construyendo, primero, de la mano del gran filósofo y militante comunista Gÿorgy Lukács y, después, de un modo independiente y libre de todo reduccionismo y dogmatismo». «La escuela de Budapest -continúa el autor-, rótulo bajo el que se encuadran los pensadores que rodearon la figura del autor de *Historia y conciencia de clase durante sus últimos años de magisterio en la Hungría de Kádár*, proporcionan elementos teóricos suficientes para realizar la fundamentación que proponemos, tal es el cúmulo de parcelas culturales que dominan. Nuestro trabajo no consiste en hacer una historia o una fenomenología de sus miembros. Aunque para encuadrar nuestros argumentos haya que integrar sus propuestas teóricas en el contexto histórico en que se inició su andadura como filósofos, sociólogos, historiadores de la cultura, economistas, literatos, etc.
El contenido de este libro está estructurado en dos grandes partes, cada una subdividida en dos apartados. La primera parte trata precisamente de la fundamentación de los derechos humanos «desde» la Escuela de Budapest. Aquí hay que distinguir dos niveles, el primero consiste en esa contextualización de los elementos teóricos, políticos, ideológicos y filosóficos que nos ofrecen los intelectuales húngaros; y el segundo trata de concretar la fundamentación, basándose el argumento central en la interrelación entre tres factores: *a)* el trabajo, entendido como actividad humana específica; *b)* las necesidades humanas en su constante proceso de radicalización, y *c)* los valores, como preferencias sociales generalizables. La segunda parte del libro consistirá en analizar las posibilidades jurídicas que nos ofrece la fundamentación propuesta, primero, para la construcción de una futura teoría general de los derechos humanos como normas jurídicas internacionales Y, segundo, para replantear la necesidad de la utopía en un mundo tecnificado y ahogado por la manipulación y el consumo indiscriminados».

(Daniel González Lagier)

HERVADA, Javier.

Lecciones de Filosofía del Derecho I: Teoría de la justicia y del derecho.

EUNSA, Pamplona, Colección Manuales de la Colección jurídica, 1989, 262 págs.

Estas *Lecciones* son la primera parte del manual de filosofía del derecho que su autor se propone escribir. Se trata de una edición provisional destinada a estudiantes de la asignatura. Los temas expuestos en estas lecciones son fundamentalmente tres: el oficio de jurista, la noción de justicia y el concepto de derecho. Preceden a estos tres capítulos otros tres dedicados a las nociones de filosofía y de filosofía del derecho y a tratar con brevedad algunas cuestiones filosóficas preliminares: la dimensión del conocimiento, la relación entre ser y deber-ser y la objetividad de los valores.
En lo posible, los temas principales son abordados con una introducción histórica, en la que se estudian los precedentes y la evolución doctrinal de las nociones expuestas.
El manual pretende ser una exposición sintética y didáctica de un sistema de filosofía del derecho según el realismo jurídico clásico. Esto supone una opción filosófica de fondo fundada en la posibilidad del conocimiento metafísico del ser, que trasciende el empirismo y el mero análisis del lenguaje como función de la filosofía del derecho. Esta disciplina es entendida como el conocimiento del derecho en sus últimas causas y en su íntimo ser, con una función crítica y fundamentadora de la ciencia jurídica. Si bien la filosofía del derecho parte necesariamente de la experiencia jurídica -el fenómeno jurídico-, la trasciende y es capaz de llegar al núcleo metaempírico del derecho.
Para el autor, el punto de partida de la filosofía del derecho es el oficio de jurista, pues la realidad que estudia esta disciplina es la realidad jurídica, entendiendo por tal la vida del foro. El oficio de jurista enlaza con la justicia, por ser el jurista el experto en derecho, que, según el realismo jurídico clásico, es lo justo, la cosa debida a otro. Sigue el capítulo dedicado a la justicia, que se desarrolla en tres temas: la definición común (que es la originaria) -dar a cada uno lo suyo-, las críticas a ella y las nociones modernas. El último y más extenso capítulo trata de la noción de derecho, que según la concepción realista es el objeto de la justicia: la cosa atribuida a un sujeto, que le es debida con deuda en sentido estricto.

HERVADA, Javier.

Il diritio naturale nel ordinamento canonico.

Iustitia, núm. XLII 1989, págs. 363-380 (Versión castellana en Persona y Derecho, núm. XX, 1989, págs. 133-153).

Contiene este artículo una exposición de la teoría de los canonistas acerca del derecho natural, su naturaleza y su relación con el derecho positivo. La ciencia canónica no ha sufrido el embate del moderno positivismo y se ha mantenido en la línea de la ciencia jurídica clásica inaugurada por los juristas romanos y continuada por la ciencia jurídica europea desde la Recepción hasta el siglo XIX. Por ello, la concepción de los canonistas acerca del derecho natural representa la pervivencia de la teoría clásica.

El primer aspecto de la teoría clásica consiste en considerar el derecho natural como una parte del derecho vigente. Por tanto, supone entender el derecho natural, no como una dimensión del derecho positivo -que sería el único derecho- al modo del moderno objetivismo (racionalidad, valor, naturaleza de la cosa, etc.), sino como un verdadero derecho nacido de la razón natural, armónicamente enlazado con el derecho positivo, que representa otra parte del derecho vigente, de modo que éste en parte es natural y en parte es positivo, como dijo Aristóteles y encontramos en los juristas romanos y la tradición nacida de ellos.

El segundo aspecto reside en afirmar que, en caso de discordancia entre el derecho natural y una ley positiva, prevalece el derecho natural. Este principio es piedra de escándalo para los positivistas, que ven en él un peligro para los principios de seguridad y certeza. Sin embargo, esta reacción es desproporcionada, pues supone entender mal su sentido. El principio de prevalencia se aplica sobre todo a través de una serie de reglas interpretativas -que el autor desarrolla en su libro *Introducción crítica al derecho natural*-, las cuales respetan el texto de la ley positiva y ofrecen suficientes garantías de objetividad. La ciencia canónica representa la continuación práctica de la tradición clásica, seguida en la praxis de los tribunales y en la tarea interpretativa de la doctrina. Es, pues, un ejemplo práctico de cómo dicha tradición clásica ha recibido una aplicación hasta hoy.

HERVADA, Javier.

Le droit dans le réalisme juridique classique.

Droits, París, núm. X, 1989, págs. 31-34.

La revista «Droits. Revue française de théorie juridique», dirigida por Stéphane Rials y publicada por las Presses Universitaires de France, ha dedicado sus números 10 y 11 al tema «Definir le droit». Para ello solicitó a un amplio número de filósofos del derecho de distintas corrientes un breve escrito donde se expusiese el concepto de derecho según tales corrientes. Para describir el derecho a tenor del realismo jurídico clásico se pidió la colaboración de Hervada, como uno de los representantes más conocidos de esta teoría.

Por realismo jurídico clásico se entiende aquella manera de comprender el derecho y la justicia que fue propia de la tradición jurídica europea, desde los juristas romanos hasta el siglo XVII, momento en el cual la noción realista del derecho (la cosa debida en justicia) fue sustituida por la noción subjetivista (el derecho subjetivo). Continuada hasta nuestros días por una minoría de autores, el realismo clásico ha conocido un importante renacimiento a partir de la obra de Michel Villey. En filosofía del derecho, ha sido teorizada en particular por Aristóteles y Tomás de Aquino. Una exposición amplia se encuentra en el libro de J. P. Schouppe, *Le réalisme juridique* (Bruxelles 1987).

Rasgo característico del realismo jurídico clásico es entender que aquello a lo que llamamos derecho en sentido estricto no es la ley, sino aquella cosa o entidad, corporal o incorporal, que es debida a un sujeto porque le está atribuida, esto es, porque es suya: su reloj, su empleo, su tiempo de vacaciones. Así, cuando el realismo jurídico clásico habla de derecho, no se refiere a ley ni al derecho subjetivo, sino a una cosa (en latín: *res*, de donde viene e nombre de realismo). Según esto, ¿qué relación tiene la ley con el derecho? La ley ejerce la función de regla o estatuto del derecho (*ratio iuris*), porque actúa como causa y medida del derecho. La ley, por tanto, forma parte del fenómeno jurídico, pero no es el derecho en sentido propio, si recibe el nombre de derecho es por analogía.

HERVADA, Javier.

Inmanencia y trascendencia en el derecho.

Persona y Derecho, Pamplona, núm. XXI, 1989, págs. 185-203.

Versión resumida de la comunicación presentada a la XXV Reuniones Filosóficas, celebradas en Pamplona del 29 de agosto al 1 de septiembre de 1988, bajo el lema «El hombre: inmanencia y trascendencia». La versión completa aparecerá en las Actas de dichas Reuniones.
La mayor parte del artículo expone los testimonios históricos del tema, desde Grecia hasta el siglo XIX. La visión trascendente, que ve el fundamento último del derecho en Dios, es común hasta fines del siglo XVIII. A partir de Kant se extendió la concepción inmanentista, que tiene un cierto precedente en Grocio y, de una u otra forma, está presente en la Escuela moderna del Derecho Natural, aun cuando estos autores sigan estableciendo un enlace -racionalmente muy debilitado- entre el derecho y Dios.
En la Antigüedad se encuentra la idea de trascendencia del derecho en los presocráticos, como Heráclito y Arquitas de Tarento, sin que falte en Sócrates ni en Platón. Pero los testimonios más claros y conocidos son los estoicos, Cicerón, Plotino y otros que hablan del logos divino y de la ley sempiterna.
El establecimiento más vigoroso de la trascendencia lo hacen los escritos bíblicos, de lo cual San Agustín -en relación con las ideas ciceronianas y neoplatónicas- dedujo su teoría de la ley eterna.
La teoría de la ley eterna pasó en su momento a ser una pieza clave de la filosofía jurídica de la Escolástica, sobre todo a partir del anónimo *De legibus et praeceptis*, recogido en la *Suma Teológica* de Alejandro de Hales. La elaboración más acabada de la ley eterna se debe a Tomás de Aquino, en el que se han inspirado hasta nuestros días los autores neoescolásticos.
La introducción del inmanentismo en la filosofía jurídica fue obra de Grocio, si bien de modo atenuado, a lo cual contribuyeron autores como Pulendorf y Tomasio con sus críticas a la teoría de la ley eterna, teoría que no entendieron (por eso sus críticas resultan un tanto grotescas). A partir de Kant, que declaró el tema de Dios cognoscible por la fe pero no por la razón, el inmanentismo se generalizó en Europa, a lo que contribuyó decisivamente la extensión del agnosticismo y del ateísmo.

IBAN, Iván C.

Posibilidad de trasladar la categoría «derecho fundamental de asociación» al derecho canónico.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, núm. 5, 1989, págs. 121-130.

Este artículo consta de dos partes. La primera de ellas se ocupa de la evolución histórica del concepto de derecho fundamental y, en concreto, del derecho fundamental de asociación. En esta parte el autor llega a la siguiente conclusión: «sin pretensiones de absoluta precisión técnica, y tratando de modificar las categorías dogmáticas mediante su contrastación con la realidad social, se puede afirmar que, en el ámbito del Derecho estatal, el derecho fundamental de asociación se ejerce *contra* el Estado, pero siendo protegido por el ordenamiento. Es, éste, uno de los contados residuos que restan del individualismo básico en el origen del estado moderno que sería la Revolución francesa, y no deja de ser paradójico que este residuo del individualismo deba ser ejercido, con frecuencia, a través de una agrupación -grupo intermedio-».

En la segunda parte, el autor se ocupa de la evolución de este mismo derecho «en sede canónica». En este sentido, afirma que «no pudiéndose negar en modo alguno la existencia de asociaciones en el ámbito del ordenamiento canónico, parece claro, sin embargo, que tales asociaciones no son manifestaciones del ejercicio de un hipotético derecho fundamental de asociación. Las asociaciones en la Iglesia son manifestaciones y participación de la autoridad eclesiástica y en medida alguna son instrumentos de oposición -defensa del individuo- a dicha autoridad». Esto le lleva a plantearse cuál es la razón de da incompatibilidad entre Iglesia y derechos fundamentales» y qué son las asociaciones en la Iglesia, ya que no son manifestación del ejercicio de un derecho fundamental.

Respecto a la primera cuestión, el autor encuentra tres respuestas. En primer lugar, una de tipo histórico: mientras el origen de los derechos fundamentales debe situarse en torno a la Revolución Francesa, en la Iglesia las referencias a la cuestión aparecen en el Concilio Vaticano II; y, a diferencia de la primera, el Concilio supone la reafirmación de un sistema. En segundo lugar, si bien «en el Estado todos son titulares de derechos fundamentales, en la Iglesia sólo los bautizados»; esto muestra que «los ordenamientos estatales, que son positivistas, buscan, sin admitirlo explícitamente, una fundamentación iusnaturalista; mientras que el ordenamiento canónico, que se reclama iusnaturalista, busca una fundamentación, en cierto modo, positivista». En tercer lugar, existe una razón técnica: «De una parte, en la base de los derechos fundamentales está la idea de división de poderes y de control recíproco entre los mismos y eso, es claro, ni se da, ni puede darse en la Iglesia católica. Pero junto a ello se requiere una adecuada técnica de protección jurisdiccional que, independientemente de que pueda o no darse un grado máximo en la Iglesia en razón de la imposibilidad de la división del poder, es claro que no se da, a este propósito, en la actualidad, ni en un modo mínimo».

Respecto a la segunda cuestión -que son las asociaciones en la Iglesia-, afirma el autor que «entendiendo el concepto de asociación en el sentido más amplio posible -cualquier agrupación, creo que sólo pueden ser tres cosas no necesariamente incompatibles entre sí, por lo demás-: 1. Un elemento de colaboración con el poder eclesial y, consecuentemente, un elemento estructural de la Iglesia. 2. Un

grupo de presión para influir en el poder eclesial, como una de las vías posibles para que la Iglesia se adapte a la medida del hombre, pero que no pretende controlar directamente el poder. 3. Una agrupación partido político, en terminología secular para la conquista del poder».

(Daniel González Lagier).

ITURRALDE SESMA, Victoria.

Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley.

En este trabajo se analizan algunas de las cuestiones que eventualmente surgen en el proceso de aplicación judicial de la ley. Concretamente, y partiendo de un modelo teórico de aplicación de derecho, se trata de examinar los problemas que puede plantear: la individualización del enunciado normativo valido que disciplina el caso individual y el establecimiento de un significado de los enunciados normativos lo suficientemente preciso de cara a la decisión. En el primer aspecto se analizan los problemas de las antinomias y lagunas jurídicas y en el segundo los relativos al lenguaje legal.
El libro se estructura como sigue: *Introducción*, Capítulos: I) *El lenguaje legislativo: análisis semántico*, II) *Las antinomias normativas*, III) *Las lagunas de la ley*, y *Observaciones finales*.
Respecto del lenguaje legislativo, se estudian las características semánticas del mismo, poniendo de relieve, de un lado, su fundamento (semántico y sintáctico) en el lenguaje común, y de otro lado, las peculiaridades que presenta respecto a éste. Éstas se refieren a: la existencia de términos técnicos-jurídicos, la presencia de definiciones legislativas, y el establecimiento en el plano doctrinal de directivas interpretativas para la interpretación de los términos de dicho lenguaje. En la vertiente sintáctica, en la que el lenguaje legislativo no presenta rasgos específicos respecto del común, se señalan las principales causas de ambigüedad del mismo.
Respecto de la segunda cuestión, las antinomias normativas, se aborda un triple orden de cuestiones. En primer lugar, se estudia el concepto de antinomia en general para analizar más tarde el de antinomia normativa, distinguiendo como pertenecientes a este concepto dos tipos: antinomias deónticas y no deónticas. A continuación, y limitando el análisis a las primeras, se estudian los problemas que presenta la identificación de una antinomia deóntica, en función de tres elementos: los antecedentes deónticos, las relaciones deónticas y los consecuentes deónticos. A continuación se estudian los que vienen considerándose criterios tradicionales de solución de antinomias: jerárquico, cronológico y de especialidad. Se analiza el carácter (doctrinal y/o legal) de estos criterios, así como la incapacidad de estos de dar una solución definitiva a los problemas de conflictos normativos.
El tema de las lagunas de la ley comienza con una exposición de los diferentes sentidos que la doctrina iusfilosófica da al término laguna, con el objeto de precisar dicho concepto, a la vez que distinguir los principales sentidos de laguna en el terreno jurídico. A continuación se examinan las diferentes teorías negadoras de la existencia de lagunas en el derecho: en el plano iusfilosófico, la teoría del espacio jurídico vacío, la de la norma general exclusiva y la derivada de la obligación de juzgar del juez, y en el lógico, la basada en la interdefinibilidad de los operadores prohibido y permitido. Posteriormente se estudian los tres tipos de laguna que es necesario distinguir, para el análisis del problema de las lagunas en la ley: laguna normativa, técnica y axiológica. Por último, se analizan los caracteres que presentan la analogía y los principios generales del derecho, como medios tradicionales en nuestro derecho para cubrir los vacíos normativos.
Como consecuencia de lo anterior se puede decir que, independientemente de opciones ideológicas,

un análisis teórico de parte del proceso de aplicación de las leyes es suficiente para mostrar que, sin llegar al extremo de considerar la actividad judicial como una actividad libre, aquella lleva implícita el elemento de discrecionalidad en un sentido débil del término, en cuanto que la aplicación de la ley, aun estando determinada por un conjunto de normas, lleva aparejados elementos decisionales dependientes en última instancia de elecciones personales.

ITURRALDE SESMA, Victoria.

Elementos de Técnica Legislativa.
Revista Vasca de Administración Pública, núm. 24, 1989, págs. 225-260.
En este artículo se abordan algunas cuestiones relativas a la denominada técnica legislativa o técnica de la legislación. En primer lugar, se indican en qué consisten cada uno de los «defectos» de técnica legislativa en la elaboración de los textos legales. A este respecto, se distinguen los defectos textuales de los sistemáticos. Los primeros, se refieren a los enunciados normativos individualmente considerados. Aquí se analizan los problemas que se derivan de la vaguedad y ambigüedad de los mismos. Las disfunciones sistemáticas hacen referencia a las relaciones entre normas, concretamente al impacto negativo que una norma provoca por relación al sistema jurídico en que se inserta. En el tratamiento de estos defectos se analizan las relaciones internormativas, poniendo de manifiesto en qué casos dan lugar a una defectuosa articulación del ordenamiento jurídico e indicando algunas directrices de técnica legislativa para evitar dichos inconvenientes. Las relaciones internormativas objeto de examen son las siguientes: 1) normas intrusas, 2) reenvíos, 3) derogaciones, 4) articulación de los textos legales y 5) modificaciones. La razón de esta diferencia entre ambos tipos de defectos radica en que mientras que las primeras (textuales) no permiten señalar un criterio general de solución, más allá de la claridad semántica y sintáctica derivada del correcto empleo de las reglas del lenguaje común, las segundas son reconducibles, en muchos casos, a una falta de explicitación de las interacciones normativas que podrán solucionarse a través de una indicación expresa de las mismas. En un segundo momento se estudian las iniciativas adoptadas por dos países, Gran Bretaña e Italia, para hacer frente a los problemas de técnica legislativa en una doble vertiente: institucional, estableciendo órganos *ad hoc* para la reelaboración técnica de los proyectos de ley, y normativa, mediante la aprobación de normas relativas a una racionalización de la producción normativa.

KLUG, Ulrich.

Problemas de la filosofía y de la pragmática del Derecho (trad. de Jorge Malem Seña).

Ed. Alta, Estudios Alemanes, Barcelona, 1989, 198 páginas.

«En los trabajos aquí reunidos comenta el autor se analizan tanto posiciones jusfilosóficas generales y especiales como problemas jurídico-pragmáticos concretos en su contexto teórico. Algunos de estos ensayos fueron escritos hace ya tiempo, otros son de reciente data.»
«El amplio y variado ámbito de los temas jurídico-filosóficos y jurídico-pragmáticos tratados en este libro -continúa el autor- resulta del hecho de que aquí no se expone un sistema cerrado de una filosofía del Derecho y tampoco una extensa presentación de las consecuencias concretas. En lugar de ello, sobre la base de discusiones histórico-políticas actuales, se intenta mostrar algunas perspectivas fundamentales y analizarlas críticamente con métodos racionales. A ello se agregan intentos pragmáticos de aplicación en los cuales se proponen finalmente algunas acentuaciones político-jurídicas. Aquí se procura, dentro de lo posible, evaluar indirectamente también algunas expectativas recogidas como miembro del gobierno de un Estado federado alemán y como presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Federal de la República Federal de Alemania.»
Los textos recogidos en este libro se encuentran agrupados en tres apartados: I. *Investigaciones filosófico-jurídicas* («Algunas tesis acerca de un relativismo crítico en la filosofía del derecho»; «Intento de una fundamentación filosófica de los derechos humanos»; «Despedida de Kant y Hegel -una crítica jusfilosófica básica»; «La anarquía ordenada como modelo filosófico del Estado liberal de derecho»; «El derecho de resistencia como derecho humano universal»); II. *La utilización instrumental de la lógica en las decisiones jurídicas* («Sobre el concepto de concurso de leyes»; «Problemas de la lógica de la argumentación jurídica en el proceso judicial»); III. *La pragmática del Derecho y sus tesis básicas filosófico-jurídicas* («Autonomía, anarquía y control -Problemas filosófico-jurídicos y pragmático-jurídicos»; «Problemas filosófico-jurídicos y político-jurídicos del derecho penal sexual»; «La incitación a la guerra de agresión -Un nuevo tipo delictivo del Código Penal de la República Federal de Alemania»; «La valoración jurídica de la criminalidad nazi en la jurisprudencia de la Corte Federal de Justicia», «La fuerza antinormativa de lo fáctico»; «Función de gobierno, decisión política y moral concreta»).
Como resumen de estos trabajos, el autor formula las siguientes tesis: «Desde una perspectiva crítico-racional, son insostenibles concepciones jurídico-filosóficas con pretensiones epistémicas absolutas tales como la teoría del derecho natural, el positivismo jurídico o el intuicionismo jurídico. Todas las teorías pertenecientes a estas corrientes requieren una fundamentación metateórica si es que no quieren quedar libradas a la objeción de moverse circularmente en una autojustificación. Por tanto, desde un punto de vista crítico, cabe tan sólo comprobar que toda justificación del derecho sólo puede proporcionar resultados hipotéticos y, por consiguiente, se impone siempre un cierto escepticismo sin que éste, a su vez, pueda presentar conocimientos absolutos. Por último, sólo resta la apelación de intentar y probar siempre nuevas fundamentaciones metateóricas, axiomáticas o cuasiaxiomáticas, sin

perder de vista el peligro del regreso al infinito y sin dejar de tomar en cuenta la debida cautela cuando se trata de la formulación de valoraciones jurídicas.»

(Daniel González Lagier)

KULEMKAMPFF, Arend.

Ética nomológica y moral de los sentimientos. Observaciones sobre un problema descuidado de la filosofía práctica (trad. Ernesto Garzón Valdés).

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 405-425.

«Las reflexiones siguientes -dice el autor- giran alrededor de un problema que, sorprendentemente, parece hasta ahora no haber sido tomado en cuenta por la fuertemente proclamada e intensamente cultivada «rehabilitación de la filosofía práctica». El propósito de este trabajo es presentarlo en su complejidad actual y, al menos parcialmente, en sus ramificaciones históricas. Como punto histórico de partida elegimos a Berkeley.»

Por lo que respecta a la ética nomológica tradicional, el autor sostiene que ésta «se basa en tres presupuestos: 1) la interpretación hedonista de los predicados valorativos "bueno" y "malo"; 2) el concepto de la ley normativa como un imperativo hipotético; 3) el presupuesto metafísico de que existen prescripciones de acción promulgadas por Dios. De aquí se infiere, sin más, la convicción de que la ética es una ciencia "demostrativa" cuyas deducciones (son) tan ciertas como cualquier demostración de Euclides. Al igual que Locke, Berkeley coloca al lado del "conocimiento de la relación en la matemática" "el(conocimiento) de la definición o inclusión o palabras (que quizá no es diferente del de la relación), en la ética". La ética realiza este ideal racionalista de la ciencia bajo la condición de que el teísmo sea verdadero».

La idea fundamental de la ética de los sentimientos es, por el contrario, la siguiente: «si nos imaginamos dos mundos -en el uno domina el afán de ayudar a quien se encuentra en una situación de penuria; en el otro, la indiferencia recíproca de los individuos- y si nos preguntamos cuál de los dos mundos es moralmente mejor, qué mundo deberíamos crear si se nos diera el poder para ello, la pregunta no es respondida con un razonamiento de mero cálculo: ¿cuál es la voluntad de Dios?, ¿cuáles son nuestros intereses eternos?, sino que es respondida directamente diciendo que el sentimiento moral aprueba uno de estos mundos y desaprueba el otro».

Al respecto de estas consideraciones el autor se plantea lo que considera «un problema descuidado de la filosofía moral»; se trata de que «la tarea de otorgar significado al término categoricidad es una tarea que, desde luego, tan sólo se plantea si se presupone que la ética tiene que ver con un deber ser que no es el habitual deber ser hipotético, referido a inclinaciones y aversiones. Y este presupuesto es todo menos trivial (...). En cambio, los programas de fundamentación filosófico-transcendental tan en boga actualmente parecen partir del mencionado presupuesto, algo que es totalmente incoherente, ya que ni en la ética nomológica tradicional ni en la ética de los sentimientos existen problemas especiales de fundamentación. Aquellos programas tienen tan sólo el defecto de que hasta ahora no está claro qué es lo que en realidad debe ser fundamentado».

(Daniel González Lagier)

LAMSDORFF-GALAGANE, Vladimiro.

Teoría del Derecho.

Ed. PPU, Barcelona, 1989, 407 páginas.

El objetivo de este libro, dice el autor, «es exclusivamente didáctico, para uso de los alumnos de primer curso de licenciatura, a los que trato de introducir en el conocimiento teórico del sistema jurídico en el que pretenden profesionalizarse».
El libro consta de diez capítulos: *La finalidad del derecho* (cap. 1), *El intercambio* (cap. 2), *Teoría de la producción* (cap. 3), *El marco del sistema de intercambio* (cap. 4), *Teoría del trabajo* (cap. 5), *Teoría del dinero* (cap. 6), *Teoría del Estado* (cap. 7), *Teoría de la economía planificada* (cap. 8), *Teoría de la economía mixta* (cap. 9), y *Teoría de las relaciones internacionales* (cap. 10).
Las tesis que inspiran este libro pueden encontrarse en el apartado final, titulado *Conclusión. Derecho, economía y moral*. Allí dice el autor: «La pregunta insoslayable que ha de hacerse el teórico del derecho es: ¿cuáles son la mejor política y las mejores leyes? Sólo si no trata de eludir estas cuestiones podrá satisfacer la "demanda social" de teoría jurídica, que si algún cometido tiene, es justamente tratar de darles respuesta (...). Y es ahí donde intervienen los conocimientos económicos. No quiero decir que permitan, por sí solo, resolver este problema. Pero afirmo que tampoco está permitido tratar de resolverlo sin tenerlos. Cuando se dictamina que unos actos son "mejores" y otros "peores", lo menos que puede pedirse es que se sepa a qué consecuencias conducen. Ahora bien, luego hay que definirse: ¿qué consecuencias económicas se tienen por " "buenas" y cuáles por "malas" (...)?»
En este sentido, el autor sostiene que «un intercambio libre e informado enriquece a ambas partes y que los precios de mercado marcan la zona óptima de mutuo enriquecimiento. Luego un sistema que proteja el libre intercambio, elimine sus rigideces, inhiba las conductas que lo ponen en peligro y asegure el cumplimiento de los pactos *enriquecerá* a un país más que otro cualquiera», «la economía de mercado es la que más nos asegura la posibilidad de opción entre satisfacer o no satisfacer nuestros deseos, sean los que sean».

(Daniel González Lagier)

LAPORTA, Francisco J.

Respuesta a Javier de Lucas.

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 205 a 207.

Este artículo constituye una respuesta a los problemas sugeridos por Javier de Lucas en relación con un primer trabajo de Laporta publicado en este mismo número de Doxa. Dicha respuesta se podría sintetizar en los siguientes puntos:
1) Necesidad de diferenciar conceptualmente entre división del trabajo social y criterios o pautas para llevarlo a cabo.
2) Necesidad de modificarla ubicación de la autonomía individual en el marco de una teoría de la democracia representativa.
3) La homogeneidad económico-social no constituye un obstáculo para la legitimidad democrática y, por otro lado, la noción de heterogeneidad resulta muy imprecisa, pues implica una multiplicidad de supuestos, cada uno de los cuales abre interrogantes particulares a una teoría normativa de la democracia.
4) La única posibilidad de hallar una justificación moral de la democracia representativa camina, en opinión del autor, por la vía de entender la democracia representativa «como un procedimiento para establecer los criterios para resolver los conflictos de intereses».
5) La burocratización de los representantes y la apatía de los representandos no constituyen problemas inherentes a la representación política.
6) El principio de publicidad es una exigencia ética de la acción política del representante.
7) «La función que trata de cumplir la teoría de la representación como cuidado de intereses, la cumple también el requisito de la periodicidad de las elecciones.» Por otro lado, no resulta conveniente «el rescate de la representación reflejo».
8) Rechazo de «las presuposiciones de la economía del bienestar que subyacen al individualismo metodológico propio de la teoría económica de la democracia».

(Ángeles Ródenas Calatayud)

LAPORTA, Francisco J.

Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate.

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 121 a 141.

Uno de los propósitos del autor de este trabajo es sugerir que puede cuestionarse la argumentación canónica con la que tradicionalmente se ha explicado y justificado la presencia del mecanismo institucional de la representación política en todas las sociedades democráticas conocidas. Por otro lado, el autor somete a la noción misma de «representación» a un detenido examen analítico a fin de disipar muchas confusiones e introducir nuevas incógnitas.

El artículo se estructura en tres apartados. En el primero de ellos se denuncia la fórmula arquetípica de fundamentación de la democracia representativa basada en la suposición de que el deslizamiento que se opera desde la decisión tomada por todos a la decisión tomada por los representantes no hace necesario modificar la justificación. Para Laporta, cualquiera que sea la justificación de la democracia directa, existe una cláusula de imposibilidad que determina que dicha justificación no sea aplicable a la democracia representativa. Para resolver este problema es necesario construir una justificación autónoma de la democracia representativa que parta de la consideración del grupo social humano como un conjunto de individuos que han realizado una operación interna de división del trabajo para hacer posible su actuación como grupo. En todo caso, esta descripción comunitaria de la textura de la realidad humana es compatible con una concepción liberal de la ética.

En el segundo apartado, el autor, tras realizar un detenido análisis de los distintos sentidos de la representación política, opta por una visión procedimental de la democracia basada en una teoría de la «autorización» complementada con una teoría de la «desautorización» de un modo que, al mismo tiempo, es eficaz para producir una determinada actividad material de los representantes.

En el tercer y último apartado el autor «arriesga» una propuesta normativa sobre la justificación de la representación política democrática a partir de una serie de afirmaciones que pueden sintetizarse de la siguiente forma: *a)* para la existencia del grupo social humano es necesario que existan reglas reforzadas con algún tipo de sanción; *b)* también es necesario un procedimiento para la toma de decisiones con respecto a dichas reglas; *c)* también es necesaria la división del trabajo social; *d)* la representación política es una institución del tipo expresado en *c* que satisface la necesidad expresada en *b*; *e)* los requisitos para la justificación moral de una institución social son los siguientes: 1. todos los afectados son agentes morales, 2. máximo grado de libertad para cada uno compatible con la de los demás: 3. igualdad; *f)* una institución representativa es justa si se dan los siguientes requisitos: 1. sufragio universal (activo y pasivo); 2. amplio sistema de libertades políticas; 3. discusión libre y equitativa de las opciones, 4. criterio de la mayoría; 5. periodicidad; *g) f* es la forma más congruente de satisfacer *d*; *h)* Justificación del deber moral «prima facie» de participación política, *i)* legitimación del agente político que, elegido a través de *f* puede realizar *a*; *j)* justificación «prima facie» de las reglas y pautas emanadas de *j*; *k)* quien niegue *i* debe correr con la carga de la prueba.

LOSANO, Mario G.; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, y GUERRERO MATEUS, M.ª Fernanda.

Libertad informática y leyes de protección de dalos personales.

Ed. C.E.C., Madrid, 1989, 213 páginas.

El presente libro se halla estructurado en cuatro partes. La primera, a cargo de M. G. Losano y titulada *Los orígenes del «Data Protecion Act» inglesa de 1984*, se divide en los siguientes capítulos: Cap. I: «Los orígenes estadounidenses del concepto jurídico de privacy.» Cap. II: «Gran Bretaña afronta la privacy: los primeros cinco proyectos (1961-69).» Cap. III: «Los documentos oficiales que prepararán la ley inglesa sobre la privacy.» Cap. IV: «El "Lindop Report", último paso preparatorio antes de la ley (1975).»

La segunda parte, titulada *Un proyecto de ley sobre la protección de los datos personales en Italia*, recoge una «iniciativa personal» (pág. 63), de M. G. Losano, y consiste en una propuesta de un texto articulado. La finalidad fundamental que persigue el autor con la formulación de este «proyecto», es el de dar mayor concreción a un debate que, al menos en Italia, se halla estancado en torno a los grandes principios.

La tercera parte, a cargo de M. G. Losano y M.ª Fernanda Guerrero Mateus y titulada *El anteproyecto de ley colombiano de 1987*, se divide, a su vez, en otras tres partes: I. «Una propuesta de ley sobre la privacy en la República de Colombia» (M. G. Losano). II. «El nuevo código procesal penal colombiano y la informática» (M., F. Guerrero Mateus). III. «Texto del anteproyecto de ley colombiana de 1987 y notas de M.ª Fernanda Guerrero Mateus.»

Finalmente, la cuarta parte, a cargo de A, E. Pérez Luño y titulada *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, se divide en tres capítulos: Cap. I: «Libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales.» Cap. II: «La incorporación del Convenio Europeo sobre protección de datos personales al ordenamiento jurídico español.» Cap. III: «Iniciativas y proyectos de Ley españoles sobre informática y libertades.»

(Josep Aguiló Regla)

LUCAS, Javier de.

Sobre la ley como instrumento de certeza en la Revolución del 89.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. VI, 1989, págs. 129-134.

A la luz de las discusiones en torno al Proyecto del Cede Napoleón, se examina la institucionalización del principio de publicidad de las normas jurídicas, como un instrumento clave frente a la arbitrariedad del ancien régimen, y los problemas que ello plantea desde el punto de vista de teoría general, por la vinculación entre dicho principio y el de la obligación de obediencia a las leyes.

LUCAS, Javier de.

La razón de Estado en el Barroco.

En Homenaje a S. Romeu, vol. II. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 1989.

Se examina en este artículo el recurso a la mentira y al secreto como constitutivos de la razón de Estado, desde la tradición del maquiavelismo y el tacitismo (cuya confrontación es relativizada por el autor) con especial atención en el Barroco español y particularmente GRACIÁN y SAAVEDRA. El autor subraya cómo es precisamente el Barroco el momento en que, conscientes de cuanto hay de representación (en el sentido de ficción) en las relaciones de dominación, y por ende en la legitimidad, la visibilidad del poder es objeto de una distorsión que se prolonga e incrementa a lo largo de la historia posterior.

LUCAS, Javier de.

Representación y Democracia: problemas actuales.

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 165-187.

El autor propone algunos elementos de reflexión y critica en relación con las aportaciones de Ruiz Miguel, Laporta, Garzón y Vidal sobre la justificación de la democracia representativa, especialmente respecto a la crítica al individualismo metodológico como punto de partida, a las limitaciones de la justificación de la representación política y al contenido y fundamento de la tesis del «coto vedado»

LUCAS, Javier de.

Individualismo y economicismo como paradigmas de la Modernidad: sobre la polémica de la postmodernidad y sus repercusiones en el ámbito jurídico.

Doxa, Alicante, 1989, págs. 291-299.

Dentro de la sección monográfica del número 6 de esta revista acerca de las consecuencias jurídico-políticas del pensamiento de la postmodernidad (especialmente lo que se refiere a las tesis de B. Santos y J. Ballesteros), se discuten las propuestas críticas formuladas por el prof. Ballesteros en relación con la herencia de la Modernidad y con las propuestas del postmodernismo estructuralista (Derrida, Lyotard) y del denominado «pensiero devole», con una específica atención al problema del concepto de derechos humanos y a su fundamentación.

LUCAS, Javier de, y VIDAL GIL, Ernesto.

El catálogo de derechos en la Constitución española de 1978. ¿una lista cerrada?

En *Introducción a los Derechos Fundamentales*, vol. I, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 627-635.

Frente a las tesis que, al contraponer la extensión del catálogo de derechos con la fuerza de exigibilidad de los mismos, sostienen el carácter reducido de los mismos, pero también frente a quienes propugnan una ilimitada apertura del catálogo, los autores, al hilo de la distinción de Raz entre derechos-núcleo y derechos-derivados, proponen una relativa apertura del concepto de derechos en base al criterio negativo de la condena universal de la acción ilícita contraria y aplican esa solución al estatuto de la objeción de conciencia.

LUCAS, Javier de, y VIDAL GIL, Ernesto.

Razonabilidad e interpretación constitucional: a propósito de una Jurisprudencia reciente.

En *Introducción a los Derechos Fundamentales*, vol. III, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, págs. 2281-2291.

La jurisprudencia constitucional comparada propone la utilización del argumento de razonabilidad en materia de interpretación constitucional y muy específicamente en el ámbito de los llamados «hard cases» en conflicto de derechos. Siguiendo las indicaciones de, entre otros, Atienza, Páramo y Pérez Luño, proponen su aplicación, a través de los criterios del «test teleológico», de «alternativa menos gravosa» y de «idoneidad y proporcionalidad», al problema del reconocimiento de la objeción de conciencia como derecho fundamental o como derecho «constitucional autónomo», en relación con las Sentencias 160 y 161/87 del T. Constitucional.

LUCAS, Javier de, y VIDAL GIL, Ernesto.

Notas sobre la interpretación constitucional en materia de derechos humanos.

En *Diez años de régimen constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, págs. 15-22.

Acogiendo los criterios propuestos en materia de interpretación constitucional de derechos fundamentales, y de modo especial, junto al argumento de razonabilidad, la aplicación del principio de igual satisfacción de necesidades básicas, desarrollado entre otros por Añón, se estudia su viabilidad para resolver no sólo los llamados «hard cases», sino también las «antinomias de principio», primando la validez de los principios constitucionales frente a la solución más tradicional.

MASSINI, Carlos I.

Inmanencia, transcendencia y derechos humanos.

Persona y Derecho, Pamplona, núm. 21, 1989, págs. 173-203.

«Vamos a partir en esta exposición -dice el autor- de un dato que aparece como indiscutible: que las corrientes preponderantes en el pensamiento actual acerca del tema de los "derechos humanos", o "derechos del hombre", o "derechos morales", o "derechos fundamentales" elaboran sus fundamentos de modo meramente *inmanentista* e.d., desde una postura que niega toda *transcendencia*, sea ésta de tipo *gnoseológico* u *ontológico*.»
«Constatando este hecho -continúa el autor-, es necesario -en sede filosófica- preguntarse acerca del valor racional de esas doctrinas para fundar adecuadamente los "derechos de hombre" o "derechos humanos", sobre todo habida cuenta de que éstos se presentan en el discurso habitual como planteando exigencias absolutas, e.d., inexcusables o sin excepción. Dicho de otro modo: ¿es posible fundar unos derechos que se presentan como absolutos, de modo meramente inmanentista, tal como lo hacen las opiniones que hemos reseñado?»
En opinión del autor, «para que sea posible la fundamentación de los "derechos humanos" en tanto que absoluto, es necesario abrirse a la doble transcendencia que mencionamos al principio: i) a la *transcendencia gnoseológica*, o sea, a la posibilidad de conocer una realidad independiente de la conciencia humana y de aprehender sus estructuras fundamentales, y ii) a la *transcendencia ontológica*, e.d., a la existencia de una realidad radical distinta del mundo, que habrá de ser necesariamente absoluta en cuanto diversa de lo limitado y, finito, restringido a ser de un modo determinado».
Al final del artículo el autor señala las siguientes dos conclusiones: «La primera, referida al carácter paradojal del pensamiento contemporáneo acerca de los "derechos humanos", ya que cuando más se los proclama y reclama, es cuando menos las corrientes principales de ideas aparecen como habilitadas para fundarlos de modo riguroso. Esta paradoja es uno de los aspectos más "chocantes" del pensamiento actual acerca de aquellos derechos, que habiendo heredado de la tradición cristiana las ideas de dignidad humana y sus prerrogativas esenciales, resulta ser, a raíz de su inmanentismo de base, intrínsecamente incapaz -y cada vez en mayor medida- de justificar seriamente esa dignidad y esas prerrogativas.
La segunda se orienta a mostrar cómo la pretensión contemporánea de fundar los derechos de los hombres en la mente de los filósofos y pensadores, al modo de una mera invención y sin tomar en cuenta la realidad de las cosas, tiene su última explicación en el intento de evitar toda referencia al Absoluto transcendente, límite contra el cual se estrellan todas las aspiraciones de absolutizar al hombre y su conocimiento.»

(Daniel González Lagier)

McCORMICK, Neil.

Constitucionalismo y democracia.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, núm. 5, 1988-89, págs. 367-380.

En este artículo se analizan una serie de cuestiones relativas a la democracia constitucional, tomando como punto de referencia el criterio que, sobre este particular, sostuvo David Hume. El trabajo consta de cuatro apartados. En el primero de ellos se examinan las ideas de Constitución y constitucionalismo. El autor considera que el constitucionalismo no es el mero acatamiento de cualquier disposición constitucional, sino que ha de tener en cuenta determinadas estipulaciones relativas al contenido del orden constitucional. Llega así a la definición de constitucionalismo como «la doctrina según la cual el poder político sólo debe ejercitarse bajo las disposiciones constitucionales y sometido a los límites constitucionales; donde tales límites incluyen la división de poderes y sus consecuencias, frenos y controles efectivos de las ramas del gobierno, y protección, al menos, para los derechos contemplados en la teoría de los derechos derivados de la Constitución».

En el segundo apartado se expone la teoría de la democracia como doctrina anticonstitucional. En una primera aproximación al concepto de democracia, como doctrina basada en el poder político ilimitado, se puede afirmar que «la democracia no precisa del constitucionalismo, ni dentro ni fuera de sí misma, y probablemente la pura Democracia auténtica sería incompatible con él», ya que supone una restricción de la voluntad del pueblo mediante fórmulas jurídicas.

En el tercer apartado se matiza esta concepción de democracia y se pone de manifiesto la importancia de la tradición y la costumbre en las Constituciones y el constitucionalismo. Según el autor, sólo puede alcanzarse una forma de gobierno sólidamente democrática donde hay un orden constitucional establecido, la democracia no es, como indican las teorías contractualistas, un requisito previo a la creación de la Constitución, sino que «es la tradición constitucional quien crea las condiciones para el posible florecimiento de la democracia». Así pues, en la práctica, queda justificada «cierta flexibilidad respecto a los principios democráticos puros o abstractos».

En el último apartado se recoge la teoría sobre el constitucionalismo democrático de Hume, destacando la gran aportación de este autor «al impulsar la concepción esencialmente tradicional o consuetudinaria de las disposiciones viables constitucionalmente».

(Yolanda Reyes Ramos)

MAcCORMICK, Neil.

Orden espontáneo e imperio de la ley: algunos problemas (trad. Francisco Laporta).

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs, 309-327.

«Este trabajo -dice el autor- expone una crítica, aunque una crítica genuinamente respetuosa, de dos pensadores que han hecho contribuciones destacas al actual pensamiento conservador, F. A. Hayek y Michael Oakeshott. Su objetivo principal es la teoría del "orden espontáneo", de Hayek: su objetivo secundario, el "Imperio de la ley" (*Rule of Law*), de Oakeshott. Se arguye en él que ninguna de las dos teorías ni una combinación de ellas establece un fundamento adecuado para ciertas afirmaciones hechas por sus autores respecto a la justicia social. Como el trabajo de Hayek se desarrolla en parte a partir de reflexiones sobre el pensamiento jurídico escocés del siglo XVIII y tengo un especial interés en ese cuerpo de doctrinas, sigo a Hayek en mi elección de punto de partida.»
Hayek propone, «como ideal para la sociedad y el derecho», un «orden espontáneo» o *cosmos*: «Su teoría jurídica y política supone una defensa radical y completa del ideal de la sociedad como un orden espontáneo unida a una crítica mordaz del dirigismo y del socialismo en todas sus formas. Un blanco especial de su crítica es el concepto de "justicia social" y con él de todos los programas políticos propuestos en nombre de la justicia social.»
«La sustancia de la tesis de Hayek -continúa el autor- es que todos los ataques montados en nombre de la justicia social contra los esquemas de opulencia y pobreza existentes, es decir, las denuncias de las desigualdades económicas y consiguientemente políticas, suponen una disposición a comprometerse con, e incluso a institucionalizar, esquemas de lo que he llamado aquí "providencia especial". Conforme a tales esquemas, debemos de indagar en el grado de buena o mala fortuna de cada persona y hacer reajustes de acuerdo a alguna fórmula *a priori*. Además, como ninguna fórmula precisa ha sido nunca establecida en la teoría o acordada en la práctica para tales reajustes, la "justicia social" que se supone constituida por ellos es una quimera, un falso concepto (...). De acuerdo con ello, no sólo hay argumentos fuertes en favor de *cosmos* o el orden espontáneo; hay también argumentos de lo más poderoso contra todos los programas intervencionistas tendentes a alterar el orden espontáneo en beneficio de algún elemento, pequeño o grande, de *taxis* o la providencia especial. Estos programas llevan consigo el ejercicio del poder en la ignorancia y dependen de un pseudoconcepto de justicia e injusticia profundamente incoherente.»
Frente a la postura de Hayek, el autor ve las siguientes dificultades: «*Primero*, no está claro que algunas de las críticas a los órdenes espontáneos no se hayan desenvuelto ellas mismas espontáneamente como resultado de una extrapolación críticamente racionalista a partir de las ideas desarrolladas de justicia. *Segundo*, aunque eso no fuera así, tales críticas y las reformas políticas de tipo socialista o socialdemócrata a ellas asociadas han generado un estado de cosas sobre el cual los partidarios de Hayek tienen que emprender una acción positiva para restaurar las condiciones del orden espontáneo; pero entonces parece que los agentes políticos son, después de todo, responsables por los resultados del orden que han proyectado establecer. *Tercero*, y más allá del punto anterior, al

menos parece que una política deliberada y con el designio de restablecer un orden espontáneo va contra la proscripción de la planificación social.
Cuarto, la decisión de restablecer las condiciones del orden espontáneo, si es tomada, tiene que ser justificada y debe ser justificada apelando de seguro al consecuencialismo y probablemente a argumentos utilitarios.»
El autor concluye que «lo que Hayek realmente pone de manifiesto es que ciertos aspectos de la planificación y del socialismo de Estado, en la medida en que suponen la perfectibilidad de la planificación, son quiméricos», pero «lo que él no consigue demostrar es que no puede haber deberes positivos de justicia -de "justicia social"- entre la gente».

(Daniel González Lagier)

MARI, Enrique E.

Castigo y locura.

Sistema, Madrid, núm. 91, 1989, págs. 129-136,

Tomando como hilo conductor el comentario a la obra *La sala número seis*, de A. Chéjov, el autor analiza la relación entre el castigo y la locura, a partir de la nota de normatividad que comparten ambos conceptos: «entre el castigo y la locura hay una relación necesaria que cruza varios siglos en el desarrollo de la humanidad (...). Si entre castigo y locura existe una relación "necesaria",en el sentido de objetivamente producida por las prácticas históricas desde el más remoto trato de las sociedades con sus locos y secretada por las creencias, las supersticiones y los prejuicios seculares tejidos a su alrededor, algo relativo a la violación de reglas, a la subversión del Código y la ley, a la interdicción y a la moral, tiene que estar presente en este vínculo locura, castigo, que justifique el segundo por la primera. La locura es normativa, es un registro de funciones normativas. Nos habla del deber quebrantado, tiene aroma a valores no respetados, a comportamientos marginados (...).
(...) La nota común que asocia la locura con el desorden -continúa el autor-, mucho nos dice sobre la función normativa de la locura. Nos habla de una obcecación histórica que promueve valores sociales a su alrededor, nos habla de que este enlace pertinaz entre una enfermedad natural perteneciente al campo empírico, a las ciencias fácticas (psicología, psiquiatría, medicina mental, neuropsicología), y lo ético normativo, forma un tejido estampado a fuego en las creencias y prácticas de la sociedad, con emergencia y efectos en los mismos textos de esas ciencias donde lo fáctico se mezcla y confunde con lo moral. Este tejido normativo es, por así decirlo, una constante, un elemento invariable de nuestras respuestas sociales a lo que fascina y aterroriza al mismo tiempo».
En este sentido, como había señalado previamente el autor: «el proceso por el cual se identifica la locura con el mal (moral) y el desorden social, no difiere del proceso por el cual se identificaba el desorden social con las pestes y epidemias».

(Antonio Doval)

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio.

De la fundamentación de la libertad a la libertad como fundamento.

Introducción a los derechos fundamentales: X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (1988), Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, vol. II, págs. 823-839.

El modo habitual de abordar la presencia de la libertad en el derecho es concebirla como un valor o ideal que debe ser protegido y realizado, como algo que está en el vértice del ordenamiento. Pero aunque la libertad se encuentra entre los términos más emotivos del lenguaje se ha transformado también en el más frío de los tecnicismos jurídicos. No es lo mismo la libertad como ideal político que la libertad como instrumento de técnica jurídica, como estructura de un campo de argumentación. En el pensamiento jurídico se ha optado por ver el derecho desde la libertad, aunque paradójicamente sea un mundo de vínculos, lo que no deja de prestarse a cierta ironía.
El positivismo jurídico ha hecho de la libertad una sintaxis, un principio de articulación, y al elegir la libertad no está eligiendo un valor, sino un lenguaje con sus posibilidades y estrategias particulares. La libertad aparece así como un modo que tiene el derecho de estructurarse, como un vehículo de relación y diferenciación. El lenguaje de la libertad tiene una gran plasticidad, un considerable poder estilizador y dialéctico; es capaz de arriesgadas piruetas y resulta muy útil y potente para hacer del derecho un sistema. Dotado de gran abstracción y posibilidades combinatorias el lenguaje de la libertad se presta a una dinámica circular de apoyos recíprocos. La teoría de sistemas permite ver el derecho como un constructor de libertad: hay una libertad que es creación del derecho, en tanto que traza alternativas y hace posible la elección. Desde esta perspectiva el derecho no reconoce, ni siquiera regula o disciplina la libertad, sino que la instaura jugando con la paradoja de una libertad que se debe a sus limitaciones. Aquí la libertad no es un atributo de las personas sino del propio derecho. Forma parte de la dinámica del sistema que es capaz de regular con una cierta autonomía su sensibilidad y su indiferencia ante los hombres. Desprovista de su vieja carga humanista -cada vez más difícilmente asimilable por la racionalidad jurídica- la libertad puede quedar reducida a una norma procesal de reenvío y desembocar en una práctica jurídica oportunista. Con lo que el pensamiento de la libertad frecuentemente acaba resignándose a ser un pensamiento de la impotencia.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio.

Las ficciones en la construcción del derecho.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, núm. 5, 1988-1989, págs. 381-395.

El hombre es -entre otras cosas- un ser fabulador y esta dimensión, aunque no es una de las más utilizadas en el pensamiento jurídico (a diferencia de las de animal social, criatura racional, individuo portador de valores intangibles, ser egoístamente interesado), tiene también un papel en el derecho, tradicionalmente concebido como un *ars*. Sin embargo, la facultad imaginativa generalmente se ha visto como algo poco sólido para fundamentar un derecho que en la mentabilidad habitual se sitúa en la cúspide de la sociedad y que en el *Welfare State* pretende responsabilizarse de casi todo lo que ocurre.

En la metodología jurídica al menos desde los glosadores se había tratado de la *fictio iuris*, pero sólo como un procedimiento particular ocasionalmente utilizado al servicio de necesidades técnicas de la legislación y la dogmática. Hoy se habla más bien de que toda dogmática y todo procedimiento interpretativo están presididos por hipótesis de trabajo que tienen carácter de ficciones activamente operantes en la forma mentis de los juristas. El operador jurídico resulta ser así un *lector in fabula*, y por ello no extraña que la racionalidad jurídica se haya concebido como una narración con múltiples autores y que los elementos estéticos configuradores de la *elegantia iuris* sean también importantes.

El jurista burócrata pretende actuar sometido exclusivamente a la presión del deber estricto, pero el deber como tal es una ficción construida, a su vez, a través de ficciones como participación y voluntad general.

El territorio de la legitimidad se intenta ocupar también por diversas ficciones, y buena parte de la ética contemporánea se ha visto tentada a recuperar el pensamiento contractual, tan vinculado a recursos imaginativos. La fascinación ejercida por un auditorio universal, una comunidad de comunicación o una posición originaria ilustra un tipo de fabulación ambigua bien aceptada académicamente. La consideración de la democracia como ideología ha cedido últimamente pasó a la democracia como hipótesis, e incluso como metáfora, poniéndose de manifiesto la necesidad de fingir consenso que experimentan los sistemas jurídicos contemporáneos.

Si el derecho parece estar más del lado del artificio que de la naturaleza ésta no es una constatación decepcionante ni significa que por ello la realidad jurídica sea invertebrada. El artificio, con una peculiar solidez, puede tener tanto poder estructurador como el que se buscó en lo natural y perdurable.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio.

Razón jurídica y razón contractual: El contrato social como técnica de pensamiento.

Revista de Estudios Políticos, Nueva Época, Madrid, núm. 64, 1989, págs. 281-298.

Las teorías contractualistas son escritos de género, con unas exigencias y técnicas propias, con determinadas posibilidades y riesgos. El contrato social puede ser considerado como una forma estereotipada de narración, como una propuesta para inscribir la razón jurídica en una razón narrativa con un modo peculiar de organizar el discurso ético y jurídico. Aparece así como un género literario que ofrece unas reglas para hablar sobre reglas, que interpone unas peculiares reglas de juego sobre las que legitimar las reglas del juego jurídico. El contrato no tiene mucho que ver aquí con la figura perfilada por la dogmática jurídica, y su carácter hipotético le privaría además de obligatoriedad. Funciona más bien como una metáfora -categoría que se encuentra en el centro de la epistemología actual-, como un experimento mental.

El contrato despliega un gran poder estructurador y transformador de los materiales de una teoría de la justicia. Tiene una considerable capacidad de distribución como pauta vertebradora que permite articular el pensamiento, concentrarlo en determinados puntos y provocar torsiones y circularidades. No es solamente un vehículo plástico de expresión, sino ante todo una técnica de construcción. Acoge elementos figurativos que son constitutivos y no mera ilustración. Conforma un pensamiento desplazado, típicamente perifrástico, que se proyecta al ámbito de lo imaginario, haciendo posible una fructífera relación entre realidad y ficción. Aparece no sólo como una construcción para ser observada en si misma, sino como un medio de percepción de un espacio exterior a la teoría.

Con su poderosa carga de irrealidad el contrato hace patente que la legitimación no es tanto una tarea de descubrimiento como de invención. La referencia simbólica que hace al consenso no sólo sirve para exigirlo realmente y defender una efectiva implantación de ideales democráticos; puede ser una apelación a la necesidad de presuponerlo. Generalmente la sintaxis contractualista no articula un discurso de voluntad sino de razón o de voluntad racional. Considerado formalmente como modo de argumentar y construido por elementos diversos con un estatuto lógico heterogéneo, sostiene una racionalidad múltiple y convergente de difícil refutación, con numerosas variables a la búsqueda de una resolución compleja.

MONTORO CHINER, M.ª Jesús.

Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas.
Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, Series de Técnica Legislativa II, Madrid, 1989, 110 páginas.
Este libro se divide en dos partes, tituladas, respectivamente, *Adecuación jurídica* y *Factibilidad*.
Respecto al planteamiento general de la primera de estas cuestiones, la autora afirma lo siguiente: «Para diseñar una norma es preciso observar la adecuación al ordenamiento, jerarquía y competencia marcados por la Constitución y, también, respetar la unidad del ordenamiento. Las normas no deben entrar en colisión con el resto del ordenamiento. Las normas tampoco deben resultar contrarias a los modos, técnicas de comportamiento y, en general, cultura administrativa en un espacio temporal concreto (...).
Comoquiera que la producción legislativa no surge de forma lineal ni planificada, sino que es tributaria de la realidad social que la justifica, y a cuyas exigencias la ley sirve, no puede demandarse al legislador que programe sus decisiones. Sólo en contadas ocasiones puede planificarse el ajuste de la norma a la ejecución de un presupuesto; generalmente sucede de manera inversa, y es, en consecuencia, al proyectarse la norma cuando debe plantearse o enjuiciarse el ajuste de ésta al ordenamiento.
Esta forma de entender las tareas que rodean al impulso normativo es asumida, con carácter general, por la mayor parte de la doctrina en el Derecho comparado; lo que nos obliga a plantear también las cuestiones que apoyan la constitucionalidad de las normas, sin entrar, sin embargo, a dirimir cuestiones que afectarían tan sólo al Derecho constitucional, y que no es el caso tratar en este estudio.
Así pues, bajo el título genérico de adecuación jurídica estudiaremos lo siguiente y por este orden: postulados genéricos del contenido de las leyes, constitucionalidad, competencia y convivencia de ordenamientos, sin olvidar su relación con el ordenamiento comunitario. La perspectiva desde la que se analizará lo anterior no es otra que la de mejorar el grado de comunicación entre la Ley y sus destinatarios, al efecto de conseguir una mayor consciencia del ciudadano por el cumplimiento de las normas, asegurando su ejecución por parte de las Administraciones públicas, y tratando de elevar, en fin, su calidad.»
Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas en el libro -la factibilidad de las leyes-, dice la autora: «Las normas proyectadas atendiendo todos los requisitos de constitucionalidad y adecuación al ordenamiento jurídico, resultan formalmente perfectas; mas ello no es suficiente; es preciso que, además, las normas resulten ejecutables, "verificables", en una expresión hoy en día utilizable en sustitución del término "implementables", conceptos todos ellos reconducibles al más genérico de practicabilidad. Pues bien, los dos elementos que componen la practicabilidad administrativa (jurídica y organizativa) pueden ser reducibles a uno solo: su aptitud para ser ejecutables.
(...) Por practicabilidad de las normas puede entenderse su formulación orientada hacia su práctica y ejecución, interpretando los términos "práctica" y "ejecución" en sentido estricto, abarcando tan sólo los aspectos organizativos y procedimentales; aunque no es desdeñable incluir también, además de los aspectos organizatorios y procedimentales, el de concordancia con los conceptos comúnmente

utilizados en el Derecho administrativo.
(...) Las modernas técnicas de test y verificación de proyectos de ley, son los instrumentos más aptos para detectar ex ante la contradicción de las normas con los sistemas de organización administrativos, y con los procedimientos ya establecidos. Detectar lo anterior con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, agiliza su puesta en marcha y desburocratiza su ejecución.»

(Daniel González Lagier)

JOSÉ MONTOYA SÁENZ.

Rousseau y los Derechos del Hombre.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 6, 1989, págs. 33-43.

El autor aborda en este artículo un aspecto de la doctrina de Rousseau que, pese a jugar un importante papel en su pensamiento, ha recibido poca atención: se trata de su doctrina sobre los derechos humanos. La línea esencial de su teoría sobre los derechos humanos se podría resumir así: aunque la noción de derechos del hombre tiene su raíz en el estado de naturaleza y la ley natural, no tiene sentido antes del estado civil, «los derechos no surgen sino con las relaciones sociales y no alcanzan su plenitud, sino con el estado legítimo, la ciudad del contrato social». Esta interpretación es confirmada tras un análisis de la noción de derechos de los ciudadanos «en el estado de naturaleza, en el estado social prepolítico y en el estado político». Toda la doctrina roussoniana sobre los derechos del hombre gira en torno a la idea de libertad. La libertad es para Rousseau la característica específica del individuo dentro del reino animal: es un deber además de un hecho sobre la naturaleza humana. Este concepto de la libertad como deber se fundamenta en alguna forma de ley natural, pero la ley natural no crea deberes, ni derechos subjetivos, a menos que sea reconocida como tal: «En el hombre de la naturaleza no hay un reconocimiento de la ley natural como ley, ni un reconocimiento de la libertad como deber moral; tampoco puede haber, por tanto, noción alguna de derecho a la libertad.» Tomando como base estas ideas sobre la libertad y haciendo amplio uso de las posibilidades de interpretación que admiten los textos de Rousseau, el autor lleva a cabo un examen de otras nociones fundamentales en la filosofía del pensador ginebrino: el carácter prepolítico del derecho de propiedad, el criterio de legitimidad proporcionado por el auténtico contrato social, la transformación de la libertad natural en libertad civil...

(Yolanda Reyes Ramos)

MORESO MATEOS, Juan José.

Cinco diferencias entre Austin y Bentham.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. VI, 1989, págs. 35 1-376.

«Hasta hace poco tiempo -opina el autor- se consideraba la obra de Austin como la exposición más acabada de la doctrina jurídica de la escuela analítica inglesa, pero la publicación de la obra de Bentham *Of Laws in General* ha arrojado dudas sobre esta apreciación. Es un juicio compartido en la actualidad por varios autores que la doctrina de Bentham es, en puntos de capital importancia, más sutil, elaborada y profunda que la de Austin.»
Con el fin de justificar esta afirmación el autor trata de señalar las diferencias entre Bentham y Austin en las siguientes cuestiones: *a)* los criterios de identificación del Derecho, *b)* la doctrina del Conmmon Law, *c)* el empirismo, *d)* el utilitarismo, y *e)* la codificación.

(Daniel González Lagier)

MUGUERZA, Javier, y otros.

El fundamento de los derechos humanos.

Editorial Debate, Madrid, 1989, 346 páginas.

El presente libro es una recopilación de los trabajos que, sobre el tema «la fundamentación de los derechos humanos», se presentaron en el encuentro organizado por el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, entre los días 19 y 20 de abril de 1988.
Junto a la conferencia dada por el profesor Muguerza, «La alternativa del disenso», y la carta que éste dirigió con anterioridad al director del Instituto, Gregorio Peces-Barba, como adelanto de su futura conferencia, el libro incluye los siguientes artículos: «Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática» (Ignacio Ara Pinillos); «Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos» (Rafael de Asís Roig); «Paternalismo y consenso» (Manuel Atienza); «Sobre los límites del principio de disidencia» (Jesús Ballesteros y Javier de Lucas); «Sobre el principio de Igualdad» (Albert Casamiglia); «El descubrimiento de los derechos humanos» (Victoria Camps), «La fundamentación de los derechos humanos. (Reflexiones incidentales)» (Benito de Castro Cid); «Pragmática formal y derechos humanos» (Adela Cortina Orts); «La función de los derechos humanos en un régimen democrático» (José Delgado Pinto); «Notas ("concretas") sobre legitimidad y justicia» (Elías Díaz); «Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos» (Eusebio Fernández); «Carta al profesor Javier Muguerza» (Antonio Fernández-Galiano); «Consideraciones histórico-argumentativas para la fundamentación ética de los derechos humanos» (José Antonio Gimbernat); «Fundamento de los derechos humanos» (José María González García); «Una justificación utilitarista de los derechos humanos» (Esperanza Guisán); «Racionalidad consecuencialista y restricciones deontológicas» (Gilberto Gutiérrez López), «Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos» (Francisco J. Laporta); «Teoría critica y derechos humanos» (Nicolás María López Calera); «Notas sobre los valores superiores, de Gregorio Peces-Barba» (ángel Llamas Gascón); «El fundamento de la dignidad en la memoria subversiva» (Manuel-Reyes Mate Rupérez); «Consenso y disenso en la fundamentación de los derechos humanos» (Andrés Ollero Tassara), «Bienestar, derechos y autonomía» (Juan Ramón de Páramo); «Sobre el fundamento de los derechos humanos» (Gregorio Peces-Barba Martínez); «Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos» (Antonio Enrique Pérez Luño); «¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?» (Francisco Puy); «La modernidad sin fundamento» (Ángel Rivero, Julio Seoime y Carlos Thiebaut); «Los derechos humanos ante la teoría del derecho» (Gregorio Robles); «Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?» (Alfonso Ruiz Miguel); y «Los derechos humanos y sus fundamentos éticos» (Roberto J. Vernengo).

(Isabel Lifante)

MUGUERZA, Javier, y RODRÍGUEZ ARAMAYO, Roberto (Compiladores).

Kant después de Kant.

Ed. Tecnos, Madrid, 1989, 707 páginas.

Este volumen recoge las Actas del Seminario sobre Kant organizado por el Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, que se celebró con motivo del bicentenario de la *Crítica de la razón práctica* desde el 19 de octubre de 1987 al 30 de mayo de 1988.
Los textos recopilados son los siguientes: Lección Inaugural: *El derecho de resistencia en Kant* (Felipe González Vicén); I. Kant y la Ética: *Libertad y experiencia. La fundamentación de la libertad moral en la «Crítica de la razón pura»* (Fernando Montero Moliner); *La coherencia de la filosofía moral kantiana* (José G. Caffarena); *Analítica y dialéctica en la razón (práctica) kantiana* (Felipe Martínez Marzoa); *El formalismo ético como lógica de la conciencia moral* (Ramón Rodríguez García), *¿Un delirio de la virtud? (Reflexiones en torno al problema del mal en Kant)*; *El concepto de bien supremo en Kant* (Gerard Vilar); *Una total belleza moral* (Victoria Camps); *«Ex pumice aquam?»* (Gilberto Gutiérrez), II. El pensamiento político-jurídico de Kant: *La lectura kantiana del «Contrato social»* (Eduardo Bello); *El contrato social como idea del Estado de Derecho. El dudoso confractualismo de I. Kant* (Adela Cortina); *Lo que es válido en la teoría es, asimismo, válido en la práctica (Kant y los problemas de la Alemania del siglo XVIII)* (Luis Martínez de Velasco); III. La filosofía kantiana de la historia: *Comunidad ética y filosofía de la historia en Kant* (Cirilo Flórez Miguel); *Ilustración y conflicto en la historia de la filosofía de Kant* (Enrique Menéndez Ureña); *El auténtico sujeto moral de la filosofía kantiana de la historia* (Roberto Rodríguez Aramayo); *Kant: razón histórica y razón transcendental* (Sergio Sevilla Segura); *Libertad e historia* (Roberto Rodríguez Aramayo); *Kant: razón histórica y razón transcendental* (Sergio Sevilla Segura); *Libertad e historia* (Mercedes Torrevejano), IV. Estética y teleología: *Causalidad y teleología en Kant* (Félix Duque); *Estética y teleología en la «Crítica del Juicio»* (Eugenio Trias), *Fronteras estéticas de la ética: el ideal del amor propio* (Fernando Savater), V. Interpretaciones y contrastes: *Leibniz: preludio para una moral de corte kantiano* (Concha Roldán Panadero), *Rousseau en Kant* (José Rubio Carracedo); *Maimon y Fitche: una interpretación postkantiana de la filosofía práctica del criticismo* (Faustino Oncina); *Introducción a la filosofía política de Hegel en Jena (1801-1803)* (José María Ripalda), *La crítica de la moral de Kant en la antropología feuerbachiana* (Manuel Cabada Castro»; *Necesidad de una Crítica de la Razón Pura Práctica (Kant/S. Mill)* (Esperanza Guisán), VI. En diálogo con Kant: *La herencia de Kant en el pensamiento de Max Weber* (José María González García), *Razón y «Beruf»*: el problema de la eticidad en Kant y Weber (José Luis Villacañas); *Lo posible por libertad en la «Crítica de la razón práctica»* (Bloch ante Hegel y Kant) (Antonio Pérez Quintana) *Críticas a la ética kantiana en los escritos póstumos de J. P. Sartre* (Celia Amorós); *La construcción de la alteridad en Kant y Levinas* (Gabriel Bello); *Las renovadas objeciones hegelianas a la moralidad kantiana (El prisma de la ética discursiva)* (José Antonio Gimbernat); *¿Por qué y cómo todavía Kant? (Algunas consideraciones tentativas sobre las relecturas y críticas*

contemporáneas del cristicismo kantiano en las tradiciones analítica, neoaristotélica y marxista, con especial detenimiento en la primera) (Carlos Thiebaut); *Las razones de Kant (en torno a la interpretación de la ética kantiana por José Gómez Caffarena)* (Javier Muguerza); *La polémica actual sobre obediencia al derecho desde una perspectiva kantiana* (Eusebio Fernández); Conferencia de clausura: *Sobre la ética de Kant* (José Luis López Aranguren); Apéndice: *La filosofía de Kant en la España del siglo XIX* (Juan Miguel Palacios).

(Daniel González Lagier)

NEBRERA, Monste.

Del suicidio en Roma. Derecho, moral y filosofía aristocráticas.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. VI, 1989, págs. 409-420.

Este trabajo tiene como objetivo -según declara su autora- cuestionar el carácter fundamental del valor «vida». Con este fin, realiza un análisis de los fundamentos de la reprobación jurídica y social del suicidio en Roma, basándose, para ello, en el Digesto y en la obra de tres autores: Cicerón, Séneca y Plinio el joven.

La autora fija como punto de partida la coexistencia -en la Roma del año cero- de dos morales: la moral plebeya y la moral aristocrática; ello con la finalidad de precisar que la información ofrecida por las fuentes jurídicas y literarias, en la mayor parte de los casos, será obra de aristócratas, puesto que el acceso del resto de los ciudadanos a las cúpulas de la cultura era, cuando menos, muy difícil.

De los textos jurídicos infiere, por una parte, la escasa regulación de que fue objeto el suicidio en el Derecho romano y, por otra parte, que dicha regulación obedecía claramente a fines económicos. Así, en Roma el límite al suicidio venía constituido únicamente por el fraude económico que quien se suicidaba podía producir.

Respecto del pensamiento de Cicerón, la autora pone de manifiesto que en muchos pasajes de su obra política se aprecia la aprobación del suicidio como refugio de dolores insoportables. Para Cicerón, sólo el suicidio «motivado» es lícito y, «quien encuentre el motivo, que ya no será tal, sino un mero pretexto, puede dejarse morir». Así pues, en la conepción ciceroniana del suicidio es imprescindible la existencia de una «causa moriendi», aunque ésta sólo sea aparente. Por otra parte, en su obra se refleja un diferente tratamiento para cada grupo social, al afirmar que «el sabio, incluso cuando es feliz, a veces obra bien quitándose la vida, mientras que, para el necio, incluso desgraciado, lo conveniente suele ser conservarla».

De la obra de Séneca destaca la siguiente afirmación: «las mismas razones -aparentemente variadas, pero en el fondo igualmente vacías- existen para permanecer vivo o para suicidarse, y que, al haber un destino prefijado para cada cual, ninguna vida es corta y en todas se pierde mucho el tiempo. Caso de encontrarnos viviendo abyecta o desagradablemente, es mejor dejar de vivir. Sólo asumiendo esa libertad de suicidarse se asume la vida, porque el miedo a la muerte es lo que nos hace esclavos de vivir». Séneca no exigía ya «motivaciones», pues, para él, ninguna «causa moriendi» es más útil que cualquiera de las que orientan la vida; sin embargo, concibe el suicidio como una salida -acto de libertad- y no como una huida del mundo; un suicidio indigno no es permisible para Séneca.

En cuanto a Plinio el joven, de su obra se desprende una concepción más pragmática del suicidio (como gesto valeroso). Valor-suicidio-gloria, constituyen las coordenadas de su valoración del suicidio, aunque, por supuesto, sólo tendrá «gloria» el amparado en motivos lícitos.

Concluye la autora, haciendo una llamada a la reflexión sobre el estado actual de la cuestión, advirtiendo, por un lado, la existencia de una tácita reprobación social hacia el suicidio y, por otro lado, la imposibilidad para quien conscientemente quiere morir y no puede acabar con todo por su

postración, de encontrar lícitamente una mano que de ayude».

(Carmen Juanatey)

NINO, Carlos.

Ética y Derechos humanos.

Ariel, Barcelona, 1989. 494 págs.

«Este libro -señala el autor- tiene un objetivo esencialmente práctico: se trata de contribuir a la vigencia de los derechos del hombre a través de la discusión teórica de ideas que le son adversas. En la primera parte, dedicada a cuestiones de metaética, luego de ubicar a los derechos humanos en cierta geografía conceptual, ensayo una justificación de la naturaleza de la moral que descalifica igualmente tanto al dogmatismo como al escepticismo y que muestra a la moral y, por tanto, a las instituciones que de ella derivan -como los derechos humanos- como una creación humana que no es de ningún modo arbitraria, sino que está condicionada por sus funciones sociales distintivas y por los presupuestos conceptuales a través de los cuales la identificamos. La segunda parte, destinada a ciertos principios básicos de moralidad social, intenta mostrar que de la naturaleza de la moral derivan ciertas exigencias sustantivas (que se las asocia con el liberalismo, en un sentido de la expresión que de ningún modo, como se ve a lo largo del libro, involucra una posición acerca del sistema económico preferible); estas exigencias resultan de descalificar tres concepciones inherentes al pensamiento totalitario -el holismo, el perfeccionismo y el determinismo normativo- y de su combinación emergen los derechos individuales básicos. En la tercera parte, dedicada a instituciones, se trata de vislumbrar un diseño social que corresponde a los principios expuestos en la parte precedente, lo que supone definir el alcance de los derechos y sus implicaciones respecto del sistema de gobierno apropiado, de los límites de la interferencia estatal en las acciones de los hombres y del uso legítimo de la coacción por parte del Estado».

(Ángeles Ródenas Calatayud)

NINO, Carlos S.

El constructivismo ético.

Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 152 págs.

«Los capítulos de este libro -dice el autor- están ordenados siguiendo una secuencia de ideas que convergen en la presentación de una cierta concepción meta-ética: el constructivismo.»
En el primer capítulo se critica el desconocimiento «por muy variadas posiciones» del aspecto interno de las acciones prácticas e institucionales como consecuencia del uso de esquemas explicatorios apropiados para fenómenos naturales. La explicación del aspecto externo, como fenómenos naturales. La explicación del aspecto externo, como fenómenos sujetos a relaciones causales, depende del aspecto interno. «El discurso moral con su presupuesto de imparcialidad ocupa una perspectiva intermedia entre la visión subjetiva, en la cual asignamos valor al objeto de nuestras preferencias personales y su consideración objetiva como hechos susceptibles de explicaciones causales.»
«En el segundo capítulo se profundiza un aspecto del desarrollo anterior al intentar mostrar que el escéptico en materia práctica que reduce las razones a deseos y concibe a estos como hechos no puede siquiera explicar los casos centrales del fenómeno de la propagación de los deseos» tanto en la esfera individual como en la intersubjetiva. «En uno y otro caso un mecanismo central de propagación de deseos opera a través de la inferencia de razones a partir de otras. El discurso moral, que compite con los otros y tiende a prevalecer sobre ellos, tiene ciertas reglas constitutivas que permiten descalificar lo que constituyen razones en otros discursos justificatorios.»
«El constructivismo que centra su atención en los presupuestos formales y sustantivos de la práctica social del discurso moral es contrastado con otras posiciones meta-éticas del tercer capítulo... El mérito que se atribuye al constructivismo ético es el de comenzar por donde otras posiciones han fracasado: parte del hecho de que los juicios morales no se justifican en el vacío, sino en el contexto de la práctica social de] discurso moral que tiene presupuestos estructurales adaptados a sus funciones sociales.»
«En el cuarto capítulo se defiende este enfoque constructivista de objeciones que pueden provenir del racionalismo crítico desarrollado por Popper, tal como es invocado por Albert en su polémica con Apel.»
«El constructivismo es analizado con más profundidad en el capítulo quinto, en el cual se contrasta las posiciones de Rawls y Habermas sobre el conocimiento moral». C. Nino se sitúa en un plano intermedio entre ambos autores ya que «la verdad moral parece constituida no por el resultado, sino por los presupuestos de la práctica intersubjetiva del discurso moral. Dado que esos presupuestos exigen la imparcialidad y es sumamente difícil que se tomen en cuenta los intereses de los otros si no es mediante su participación en la discusión colectiva, éste parece ser un método mucho más confiable que la reflexión individual para llegar a reflexiones moralmente correctas, aunque tal reflexión no es completamente inoperante (como se muestra por los aportes individuales a la discusión)».
«En el sexto capítulo se pone en uso este constructivismo epistemológico para intentar ofrecer una

justificación de la democracia... Para el constructivismo epistemológico el consenso obtenido en una discusión moral real, si bien no es constitutivo de principios morales válidos, es una buen indicio para saber cuáles son ellos, ya que la unanimidad entre todos los interesados da una buena nota de unanimidad.»

«En el último capítulo el constructivismo es defendido contra los ataques que recientemente le ha dirigido el comunitarismo»: Esta concepción critica, por un lado, el que las exigencias del discurso moral presupongan seres descontextualizados, separados entre si y de sus propios fines y, por otro lado, el que este discurso moral liberal presupone en realidad cierta concepción de lo bueno contradiciendo su presunta neutralidad axiológica. Aunque el autor del libro reconoce que es necesario «hacer ciertas concesiones al comunitarismo para salvar al liberalismo» afirma que filósofos prominentes como Rawls, Nagel y Dworkin van demasiado lejos en sus concesiones al comunitarismo.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

NINO, Carlos S.

La filosofía del control judicial de constitucionalidad.

Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 4, 1989, págs. 79-88.

«La idea de este artículo -dice el autor- es compartir algunas reflexiones acerca de los fundamentos que dan sustento a los distintos sistemas de control constitucional: un mecanismo difuso, *a posteriori*, para casos concretos y a pedido de partes, como el argentino y el norteamericano, un sistema como el francés: abstracto, preventivo, por un órgano cuasi-político que depende, por su designación, de los órganos políticos o un sistema mixto como el alemán».
«La presentación que estoy realizando -opina el autor- nos lleva a la cuestión acerca de que, sin una determinada justificación de la democracia y de cuáles son los límites de la democracia, estos problemas a los que fui aludiendo -como qué tipo de control judicial o político o mixto-, cuál es el alcance de las llamadas cuestiones políticas o -en la terminología de Dworkin- de los objetivos sociales colectivos vs. los derechos individuales, o el alcance de la posible constitucionalización de los derechos sociales y lo que esto implicaría respecto a una intervención activista por parte del Poder Judicial en la preservación de esos derechos no se podrían responder. Lo que subyace a todas estas cuestiones son diferentes concepciones de la democracia.»
El autor defiende «una concepción de la democracia según la cual la democracia, a través de la discusión y de la decisión mayoritaria que es inherente al proceso democrático, tiene un valor epistemológico, es decir, es una vía apta para llegar a soluciones que tienen una mayor probabilidad de ser moralmente correctas que las soluciones que se dictan a través de otros procedimientos. Esto es así, porque la discusión generalizada, amplia, abierta y la decisión mayoritaria promueven procedimientos que tienden a la imparcialidad y al conocimiento de los hechos relevantes, porque hace que todos o una buena parte de la población hagan conocer a través del proceso democrático cuáles son sus intereses Y que haya una tendencia a tomar esos intereses en cuenta para lograr formar coaliciones mayoritarias y que esas coaliciones no se rompan bajo la presión de otros grupos. Por ello, el proceso democrático tiene una tendencia hacia una mayor imparcialidad comparado con otros procedimientos posibles y esto implica -dado que la imparcialidad, según creo, es definitoria de una decisión moralmente correcta en materia de moral pública- que la democracia, los procedimientos democráticos tengan valor epistemológico para conocer cuáles son las decisiones moralmente correctas. Por eso hay una legitimación de los órganos que surgen directamente de este proceso de discusión y de decisión mayoritaria para la toma de decisiones fundamentales.
De esta misma justificación -continúa- de la democracia surge una limitación a los órganos mayoritarios y es en esa limitación donde juegan un papel importante los jueces, a través de mecanismos como el control de constitucionalidad. Lo único que la mayoría no tiene legitimidad para decidir es la restricción de las condiciones y los presupuestos que hacen del procedimiento democrático un procedimiento apto para encontrar soluciones correctas. La misma mayoría que podría estar viciada por fallas en las condiciones de la discusión amplia, abierta y de la decisión mayoritaria

es obvio que no puede decidir sobre si esas condiciones se dan, porque esa decisión estaría afectada por los mismos defectos que se estaría discutiendo, si se satisfacen o no. Es por ello que es necesario contar con órganos independientes que controlen si esos presupuestos y esas condiciones del procedimiento de discusión, de debate y de decisión democrática se han satisfecho o no; órganos cuya propia legitimidad no dependa de avatares, de mayorías que pueden estar afectadas por las fallas que mencioné».

(Daniel González Lagier)

OLLERO TASSARA, Andrés.

Derechos humanos y metodología jurídica.

Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 333 págs.

En este texto se tratan los siguientes temas: I. *La imposible inocencia de las propuestas metodológicas*: 1. Un realismo a medias: el empirismo escandinavo. 2. La querencia «normativa» de la descripción sociológica. 3. El funcionalismo como ideología tecnocrática. 4. Consenso: ¿Fundamentación teórica o legitimación práctica? II. *¿Son jurídicos los derechos humanos?: la metodología puesta aprueba*: 5. Cómo tomarse los derechos humanos como filosofía. 6. Para una teoría «jurídica» de los derechos humanos: 7. La frontera entre Derecho y Moral. 8. Historicidad radical del Derecho positivo. 9. Consenso y disenso en la fundamentación de los derechos humanos. III. *La actividad jurídica: métodos para una filosofía práctica*: 10. La constitución entre el normativismo y la axiología. 11. Legislación civil, Derecho natural y convicción religiosa. 12. Principio de igualdad y teoría del Derecho. 13. Creación o propiedad: el problemático carácter fundamental de los derechos del autor.

(Daniel González Lagier)

OLLERO TASSARA, Andrés.

Entre creación y propiedad. El problemático carácter «fundamental» de los derechos del autor.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, núm. 5, 1988-89, págs. 131-157.

Este artículo se compone de tres apartados (1. *«Propiedad intelectual» y «derechos morales», el complejo dilema monismo-dualismo*; 2. *El deteriorado fundamento constitucional de los derechos del autor*; y 3. *Un azaroso desarrollo de la Constitución: inhibición legislativa y ambigüedad constitucional*) al final de los cuales el autor realiza algunas consideraciones generales (extraídas del ejemplo que proporcionan los derechos del autor) acerca de la génesis y el desarrollo de los derechos fundamentales en nuestra Constitución. Estas consideraciones son las siguientes:
«- Las imprecisiones o parquedades del *texto constitucional* acaban siendo decisivas. De poco sirven sin su apoyo los debates constituyentes más explícitos. Estos *antecedentes históricos* pueden convertirse en papel mojado, incluso siendo tan recientes, si un hábil intérprete concede idéntico valor a expresiones nítidas rubricadas por la unanimidad del voto y a guiños supuestamente implícitos en el diario de sesiones.
- La *prerrogativa* privilegiada de la que goza el *Legislativo* al *desarrollar* los *derechos fundamentales* implica una notoria responsabilidad; fácilmente abandonada al concentrarse la atención en las exigencias perentorias y pragmáticas de colectivos especialmente afectados por la ley en cuestión, a los que se presume una capacidad de influencia en los medios nada despreciable.
- Consumada esta dejación de responsabilidad, debe el *Poder Judicial* asumir la suya esforzándose por llevar siempre a cabo la *interpretación más favorable a los derechos fundamentales* en juego y llegando a suscitar, en su caso, las oportunas *cuestiones de inconstitucionalidad* que obliguen a entrar en juego al máximo garante de la Constitución y de los derechos en ella contemplados».

(Daniel González Lagier)

OLLERO TASSARA, Andrés.

Igualdad en la aplicación de ley y precedente judicial.

Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates núm. 19, Madrid, 1989, 117 págs.

Este libro trata de los siguientes temas: 1. *IGUALDAD ANTE LA LEY, EN LA LEY Y EN LA APLICACIÓN DE LA LEY: Tres cuestiones previas, un modelo en crisis y un sistema revelador: La discriminación como desigualdad injusta; La igualdad ante la ley se bifurca; Cuatro elementos básicos*. 2. *IGUALDAD ENTRE JUSTICIA Y SEGURIDAD:* a) *Historicidad del Derecho e igualdad de trato: Gravitación interpretativa de la historicidad jurídica; El sentido vigente de la norma; Sentencias interpretativas y control constitucional de la jurisprudencia;* b) *El carácter «predominantemente formal» de la igualdad «en la aplicación de la ley»: Autoinhibición y sustitución de valores; Exigencias en la fundamentación del cambio de criterio interpretativo; Del juez arbitrario al juez inconsciente; Del fundamento objetivo al paradigma; Los límites de la autoinhibición del control constitucional*. 3. *¿Es el precedente judicial fuente del derecho?: El trasfondo de la hidráulica jurídica. De la igualdad «en la aplicación de la ley» al juego del precedente. Una doble dimensión de la independencia judicial. Igualdad «en la aplicación de la ley» y tutela judicial efectiva. A vueltas con las fuentes. Ley o precedente: un dilema artificial. Una nueva dimensión de la tarea judicial. Balance de una sintomática línea doctrinal.*

(Daniel González Lagier)

OTERO PARGA, Milagros.

El derecho de petición.

En *La Constitución española, diez años después* (segunda parte). Tapia, Madrid, núm. 49, 1989, págs. 119-124.

Tapia, Madrid, núm. 49, 1989, págs. 119-124.
El objeto de estudio del presente trabajo es el derecho de petición en cuanto derecho que goza de gran tradición histórica y que resurge hoy en día como un derecho fundamental; «como aquel que tenemos en última instancia, cuando han dejado de funcionar los demás, o cuando surge una institución nueva que no había sido anteriormente prevista». Debe considerarse como una forma de participación en las acciones del gobierno. Por otro lado, su utilidad resulta manifiesta en tanto en cuanto puede manifestarse en algunas ocasiones como la única vía para la satisfacción de los intereses que, o bien no tiene otra vía abierta o esta no es conocida o fácilmente ejecutable.
El artículo se divide en los siguientes epígrafes: Antecedentes históricos, Regulación actual, Utilización del derecho de petición y, por último, las conclusiones.
En cuanto a los antecedentes históricos se refiere aparece como el más antiguo dentro de la tradición española, las firmas de derechos, que se practicaban en Aragón, Cataluña Navarra y Castilla, el derecho de representación con una finalidad más amplia, pues se ocupaba de informar y pedir medidas de conformidad. Algún otro antecedente puede apreciarse en el visir de reclamaciones.
En cuanto a los precedentes constitucionales esta institución ha permanecido, con distintas denominaciones, desde la Constitución de 1812. Entre estas variantes cabe destacar que fue la Constitución de 1869 la que por primera vez introdujo en España, en el artículo 17, el derecho de petición, no sólo individual, sino también colectivo.
En cuanto a la regulación actual, se estudia la evolución sufrida por el artículo 29, a lo largo de todo su proceso de elaboración, hasta concluir diciendo que hoy en día se garantiza el derecho de petición sin hacer referencia al sujeto activo, con lo cual no se establece, en principio, ninguna limitación. Sin embargo, sí aparece una limitación en el número segundo de dicho artículo, pero ésta se refiere a las Fuerzas Armadas o a cualquier otro cuerpo sometido a disciplina militar que sólo podrán ejercitar este derecho de forma individual.
Por lo que se refiere a la utilización de este derecho, se analizan los distintos significados que puede tener la palabra petición y el verbo pedir para concluir diciendo que este derecho es muy amplio, pero esta amplitud inicial puede circunscribirse según el poder al que se dirija; a saber, legislativo, ejecutivo o judicial. En todo caso, el elemento común a toda petición se centra en la premisa previa de que se puede pedir «todo» pero el pedir no da derechos.

PATTARO, Enrico.

Reflexiones sobre el pluralismo ético (trad. de G. Peces-Barba, Ángel Llamas y R. de Asís).

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, núm. 5, 1988-1989, págs. 397-406.

En este artículo -subtitulado: *No es que carezcamos de criterios objetivos porque seamos pluralistas, Al contrario, somos pluralistas porque sabemos que no existen criterios objetivos*- el autor trata de «valorar la posibilidad de justificación en la ética y en el derecho». Para ello, divide el texto en dos apartados. En el primero de ellos: *(No cognoscitivismo, o el problema de los controles de las construcciones teóricas en la ética y en la ciencia)* el autor trata de presentar «un cuadro de referencia general, en el cual estén aclaradas y precisadas las características de los distintos tipos de argumentación: en particular, de la argumentación moral respecto a la científica, en la cual la argumentación moral se identifica a menudo equivocadamente en su variante interna constituida por la argumentación jurídica tal como es usada por los juristas dogmáticos». En opinión del autor «el así llamado método hipotético-deductivo-experimental-inductivo, o método científico, es justificado en la medida en que es un método empírico. A través de la experiencia estamos en situación de probar los resultados de este método sobre "la dura realidad de los hechos". Dicho de otra forma, en la ciencia se puede establecer si un método es o no eficaz; se puede confrontar con otros métodos -que yo sepa, con el vaticinio, por ejemplo, con el juego de la adivinanza o la extracción a suerte- y establecer objetivamente (o, por lo menos, intersubjetivamente) si un método es mejor o peor que otro». Por el contrario, «una justificación final pragmática no es posible en la ética, porque -contrariamente a lo que sucede en la ciencia- en la ética no son los resultados los que en último término justifican o descalifican la adopción de una teoría en vez de otra, si no son las teorías las que en último término justifican o censuran los resultados, es decir, los comportamientos que se producen». El autor intenta argumentar esta tesis «trayendo a colación, con particular referencia a los sistemas éticos, los enunciados singulares que se deducen de enunciados universales».
En el segundo apartado *(Del no-cognoscitivismo a una ética liberal y pluralista)* el autor resume las conclusiones del apartado anterior, que son, a su juicio, las siguientes:
- «Si ninguna ética es justificada definitivamente en relación con su método y su construcción teórica.
- Si, en lo que concierne a los contenidos, toda ética presume y pretende justificar cualquier resultado derivado de la correcta aplicación de su método (un método que en ningún caso puede ser justificado).
- Si, con referencia a su éxito, toda ética es potencialmente coercitiva.
- Entonces, el primer deber del hombre es dejar de pretender que sus creencias morales personales constituyan un modelo universal de comportamiento.
«En tal modo -continúa el autor- establezco la regla fundamental de una ética que contemple la responsabilidad *por* las leyes (reglas, normas) que se hacen, se proponen y se imponen más que *hacia* las leyes.»
En definitiva, dado que «el no-cognoscitivismo (ético) tiene conocimientos y certezas respecto a la ética» y que «el decisionismo en sí no es malo; todo depende de las decisiones que en nombre del

no-cognoscitivismo y del decisionismo sean adoptadas», se ha de tener en cuenta que «una ética que exige la responsabilidad por las decisiones adoptadas, por las leyes establecidas, por las normas proclamadas, es una ética coherente con el no-cognoscitivismo decisionista».

(Francisco Javier Milán Díaz)

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.

Sul fondamento dei diritti umani. Un problema della morales e del diritto.

Sociología del Diritto, Milán, núm. 1, 1989, págs. 101-116.

Se trata de la traducción al italiano de un artículo publicado con anterioridad en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 28 (1988) (hay reseña en Doxa, núm. 6, 1989).

(Daniel González Lagier)

PECES-BARBA, Gregorio.

Contestación a los profesores Estévez, Gordillo y Capella.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 6, 1989, págs. 479-493.

En este artículo el autor tiene la oportunidad de replicar las críticas de Estévez, Gordillo y Capella a su trabajo «Desobediencia civil y objeción de conciencia» (Anuario de Derechos Humanos, núm. 5, 1989), referidas fundamentalmente a tres extremos: las razones de la obediencia al Derecho, la desobediencia civil y, por último, la objeción de conciencia.
Después de referirse a ciertas discrepancias personales e ideológicas con sus interlocutores, y efectuar unas precisiones terminológicas, Peces-Barba aborda la cuestión desde las tres vertientes citadas. A propósito de la desobediencia al Derecho, señala que es casi una obviedad que el mismo se crea para ser obedecido. Ratifica su tesis de la autonomía del ordenamiento jurídico en sistemas democráticos, calificándolo como el más autónomo de cuantos han existido ante la ausencia de modelos alternativos. Basa la disminución de las razones de la desobediencia en este sistema en la «progresiva institucionalización de la resistencia», y califica de falaz la distinción de sus contradictores entre los mecanismos de vinculación a la ley de los ciudadanos y los órganos estatales.
Sobre el referido particular (desobediencia civil) califica de parcial el análisis comparativo entre los defectos del Estado democrático y los de los movimientos desobedientes, señalando que las condiciones que justifican la desobediencia se cifran en «una desviación estable, consciente y amplia del compromiso justo».
Acerca de la objeción de conciencia, rechaza el análisis comparativo de los profesores Estévez, Gordillo y Capella entre la objeción al aborto y al servicio militar, remitiéndose a la valoración política del gobierno sobre la primera. Concluye reclamando de sus colegas más rigor en el análisis de «todos los derechos y también del poder político y el Derecho que los hace posibles».

(Antonio González-Moro Tolosana)

PECES-BARBA, Gregorio.

Desobediencia civil y objeción de conciencia.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, núm. 5, 1989, págs. 159-176

El propósito del autor de este artículo es reflexionar sobre los problemas centrales de la desobediencia civil y la objeción de conciencia con la «preocupación de no trivializarlos y no desconsiderarlos con vulgaridades y lugares comunes», afrontando su perspectiva ética, jurídica y política.
En la primera parte del artículo el autor realiza un análisis de la obediencia al Derecho, situándose «entre aquellos que piensan que en una sociedad democrática existen buenas razones para obedecer al Derecho, frente a los modelos de sociedades no democráticas que no producen esos fundamentos». El autor subraya que se refiere a «razones morales y no a razones estrictamente jurídicas», aunque piensa que «el tema de la obligación jurídica no se puede despachar alegremente con un rechazo frontal, como hace Singer sobre la base del regreso al infinito, porque la moral se incorpora al Derecho positivo como contenido material del mismo». A continuación, se realiza una enumeración sucinta de las razones generales que, bien como obligación jurídica bien como deber moral. concurren para justificar la obediencia al Derecho.
La segunda parte del artículo se refiere a la desobediencia civil. Para el autor «se puede decir que las únicas razones que pueden apoyar la desobediencia civil son aquellas que fundamentan la obediencia». En definitiva, la «desobediencia civil es un comportamiento ante el Derecho basado en razones morales justificadas con finalidades de protesta de las minorías, de reconsideración y de reforma de normas, o de llamada de atención ante una norma injusta y (...) puede fundamentarse positivamente, incluso en sociedades democráticas, pero no puede, por su amplitud y, por su universalidad ser formulada como Derecho. La objeción de conciencia, en cambio, «es una desobediencia civil sectorial que afecta a una parcela de la realidad jurídica y, por consiguiente, sí puede llegar a formularse como Derecho».
La tercera y última parte del artículo versa sobre la objeción de conciencia. Para el autor, la objeción de conciencia supone «la regulación jurídica de la exención del cumplimiento de una obligación jurídica fundamental (prestación del servicio militar) o de una obligación jurídica ordinaria, normalmente derivada de las relaciones laborales o funcionariales (contrato de trabajo o estatuto de trabajo)». Los obligados a consentir esa objeción de conciencia -prosigue el autor- son los poderes públicos, pero también pueden serlo los particulares en su caso. En cualquier caso, la objeción de conciencia se plantea siempre frente a una prestación personal. Finalmente, el autor realiza algunas reflexiones sobre el supuesto más normal de objeción de conciencia -la referida al servicio militar- desde el punto de vista de la filosofía del Derecho, llegando a la conclusión de que «no cabe una afirmación del tipo de que la objeción de conciencia es un derecho natural o un derecho moral (...). Es un derecho reaccional que surge sólo en los supuestos de obligaciones jurídicas contrapuestas, respecto de las cuales existen razones éticas o religiosas para reclamar un «privilegio» de desobediencia, y que se trata, por tanto, de situaciones históricas, limitadas en el tiempo a la vigencia

de la obligación frente a la que reaccionan. La objeción de conciencia tiene un fundamento racional situado en la historia, es decir, se apoya en una razón histórica incompatible con fundamentaciones con pretensión de eternidad».

(Ángeles Ródenas Calatayud)

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.

Los Derechos del Hombre en 1789 (Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa).

Anuario de Filosofía del Derecho. Madrid, núm. 6, 1989. págs. 57-128.

El artículo constituye un estudio sobre la Declaración de los derechos del hombre del ciudadano, con motivo de su segundo centenario. En la Introducción el autor explica que «seguir la evolución histórica que conduce a 1789, en el ámbito del pensamiento filosófico-moral y en el de la positivación de los derechos es fructífero y, por otra parte, una aproximación abstracta sería un sinsentido, puesto que tratamos de comprender un texto situado en el tiempo (…) no vamos a renunciar a un intento de comprensión racional ni a un esfuerzo de sistematización, pero será en todo caso contando con los materiales y con las reflexiones que nos proporcione el análisis diacrónico».
En la segunda parte del artículo se indican los rasgos diferenciadores e identificadores de los tres modelos de declaración que configuran la primera etapa histórica de los derechos: el modelo francés, el modelo anglosajón y el modelo americano.
Bajo el título «Los fundamentos ideológicos mediatos», el autor hace referencia a las posiciones doctrinales cuyos elementos aparecen reflejados en el texto de la Declaración: El iusnaturalismo racionalista, Locke, el humanismo laico desde los libertinos a Voltaire, la Enciclopedia, Montesquieu, los fisiócratas y Rousseau.
El cuarto apartado (Los fundamentos inmediatos) describe el proceso de elaboración de la Declaración, y aparece estructurado del siguiente modo: *A)* Los antecedentes del debate. *B)* La elaboración de la Declaración. 1. Los obstáculos previos. *a)* Entre el viejo Derecho y el nuevo paradigma. *b)* La Declaración después de la Constitución. *c)* La Declaración de deberes. 2. La elaboración de la Declaración.
Finalmente, en el quinto y último apartado (Conclusión) el autor alude a una serie de enunciados «del paradigma de los derechos humanos, tal como podría aparecer a finales del siglo XX, pero no como una construcción arbitraria, pretendidamente sin raíces históricas, sino teniendo en cuenta precisamente todo el esfuerzo de este trabajo para situar la Declaración de 1789 en la cultura jurídica y política de su tiempo y para explicar su génesis. En este apartado de conclusiones se desarrollan los siguientes puntos: 1. La nueva legitimidad. 2. Más que una Declaración. 3. El contenido de los derechos. 4. La trascendencia de su tenor racional. 5. La síntesis de racionalismo y voluntarismo. 6. La relación entre la libertad y la ley. 7. Las contradicciones de la Declaración.

(Yolanda Reyes Ramos)

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Computerized Information Systems in General Jurisprudence and Philosophy of Law in Spain.

En Actas del Congreso sobre: *Expert Systems in Law. An International Conference on Law & Artificial Intelligence* (University of Bologna, may 3-5-1989), CIRFID, Bologna, 1989, págs. 1-8.

El problema de la documentación constituye uno de los retos más importantes que tienen planteados los sistemas jurídicos actuales. Por ello, en España siguiendo el ejemplo de los países con mayor desarrollo tecnológico de su contexto político y cultural, existe un creciente interés por los sistemas automatizados de información y documentación jurídica. Este interés se ha traducido en la creación de diversos bancos de datos y bases de datos jurídicos, la mayor parte de los cuales están en fase de iniciación o experimentación.
Este desarrollo, todavía incipiente, de las bases de datos jurídicos en España hacen que sean muy pocas las que operan en el campo de la Teoría y la Filosofía del Derecho. No obstante, se pueden ya reseñar algunas iniciativas y experiencias de sistemas computerizados de información jurídica, directa o indirectamente, relacionados con estas materias,
En este estudio se da cuenta del estado actual operativo de diversos centros españoles. Entre ellos: el Centro de documentación de Teoría y Filosofía del Derecho (CEFIFD), el Programa de Thesaurus computerizado de la Constitución española; y el Sistema Compuley.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

La incorporación del Convenio Europeo sobre protección de datos personales al ordenamiento jurídico español.

«ICADE. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales», Madrid, núm. 17, monográfico sobre Informática y Derecho, 1989, págs. 27-43.

En este trabajo se abordan los efectos de la ratificación por parte de España del Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que invita a plantear la cuestión de su incidencia presente y futura en nuestro sistema jurídico. Conviene tener presente que, según el artículo 96.1 de nuestra vigente Constitución, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte de su ordenamiento interno. Cumplidos ambos requisitos (ratificación y publicación), el texto del Convenio europeo constituye en estos momentos nuestra norma básica en materia de protección de datos personales frente a eventuales abusos informáticos.

En el artículo se analizan los antecedentes y génesis del Convenio, así como sus principios informadores y estructura normativa. El estudio se concluye con un análisis prospectivo sobre la influencia que puede tener el Convenio en el desarrollo por Ley Orgánica del artículo 18.4 de la Constitución española.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Nuevos desafíos a los derechos humanos.

En el vol. col. *Los derechos humanos en Europa. Balance y perspectivas 40 años después de la Declaración Universal* (Actas del Congreso celebrado en San Sebastián, 12-14 de diciembre de 1988), Departamento de Presidencia, Justicia y Desarrollo Autonómico del Gobierno Vasco, Vitoria, 1989, págs. 293-296.

Las sucesivas conmemoraciones del cuarenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y del bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Constituyente francesa, permiten comprobar la creciente instalación del espíritu que informó estos textos en la consciencia cívica de los hombres y de los pueblos. La Declaración francesa supuso un hito decisivo en el proceso de constitucionalización de los derechos humanos, es decir, en su trayectoria desde la esfera de las exigencias filosóficas al ámbito de los preceptos, jurídico-positivos de la máxima jerarquía normativa. La Declaración de la ONU, pensada para reconocer las garantías básicas de la persona, representó el primer catálogo de derechos establecido a escala, prácticamente, universal. Ambos textos conformaron, en su respectiva fecha de promulgación, una nómina casi exhaustiva de los derechos humanos. El tiempo transcurrido desde entonces nos muestra ahora la aparición de nuevas necesidades humanas, así como nuevas modalidades de amenazas y formas de agresión de las libertades, que exigen ser tenidas en cuenta y remediadas.
Los nuevos desafíos a los derechos humanos, a que asistimos en el decurso de los últimos años, no significan una pérdida de vigencia de las Declaraciones aludidas, sino más bien acucian a ampliar y actualizar su contenido: implican, en suma, que los derechos humanos y las declaraciones que los enuncian son categorías históricas. Partiendo de esos presupuestos, el trabajo analiza los aspectos que mantienen plena vigencia, así como las lagunas que, a la vista de las actuales necesidades en materia de derechos humanos, presenta la Declaración de la ONU.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Le generazioni di diritti umani.

Nomos, Roma, 1989, núm. 3, págs. 1-12.

La mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas «generaciones» de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Ese contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera frase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de la primera generación con una segunda generación de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho.
La distinción, que no necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la primera los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de las libertades del individuo, que exigen la autolimitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la segunda, correspondientes a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación (*Teilhaberechte*), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos.
La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática. En base a ello, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una *tercera generación* de derechos humanos complementadora de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada «contaminación de las libertades» (*liberties'pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y, degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Desarrollo de la técnica y de la ciencia y su incidencia en los derechos humanos.

En el vol. col. *40 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Alocuciones sobre Derechos Humanos*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1989, págs. 85-90.

El contexto en el que se ejercitan los derechos humanos es el de una sociedad donde la informática ha devenido el símbolo emblemático de nuestra cultura, hasta el punto de que para designar el marco de nuestra convivencia se alude reiteradamente a expresiones tales como la «sociedad de la información», o a la «sociedad informatizada».

El control electrónico de los documentos de identificación, el proceso informatizado de datos fiscales, el registro y gestión de las adquisiciones comerciales realizadas con tarjetas de crédito, así como de las reservas de viajes, representan algunas muestras bien conocidas de la omnipresente vigilancia informática de nuestra existencia habitual. Nuestra vida individual y social corren, por tanto, el riesgo de hallarse sometidas a lo que se ha calificado, con razón, de «juicio universal permanente». Ya que, en efecto, cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida, que afecta potencialmente incluso a los aspectos más sensibles de su vida privada; aquellos que en épocas anteriores quedaban fuera de todo control por su variedad y multiplicidad.

Es sabido que la etapa actual de desarrollo tecnológico, junto a avances y progresos indiscutibles, ha generado nuevos fenómenos de agresión a los derechos y libertades. En esas coordenadas se está iniciando un movimiento de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia de los países con mayor grado de desarrollo tecnológico tendente al reconocimiento del derecho a la libertad informática y a la facultad de autodeterminación en la esfera informativa.

En una sociedad como la que nos toca vivir en la que la información es poder y en la que ese poder se hace decisivo cuando, en virtud de la informática, convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas, la reglamentación jurídica de la informática reviste un interés prioritario. Es evidente, por tanto, que para la opinión pública y el pensamiento filosófico, jurídico y político de nuestro tiempo constituye un problema nodal el establecimiento de unas garantías que tutelen a los ciudadanos frente a la eventual erosión y asalto tecnológico de sus derechos y libertades.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique.

Análisis funcional de los derechos fundamentales.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, núm. 5, 1988-89, págs. 177-202.

En este trabajo se pone de manifiesto el interés que, en los últimos tiempos, ha suscitado el análisis funcional del ordenamiento jurídico en los estudios sobre la teoría general del Derecho. El autor se propone «indagar hasta qué punto se da una incidencia de las orientaciones funcionalistas de la teoría general del Derecho en las versiones teóricas de los derechos fundamentales, así como bosquejar las causas, manifestaciones, límites y logros de esa tendencia».
En primer lugar efectúa, para corroborar este desplazamiento del análisis estructural al análisis funcional, un breve repaso al reciente panorama bibliográfico de los derechos fundamentales en la producción doctrinal anglosajona, francesa, italiana y española. A continuación, se exponen las causas que han motivado tal decantación en la consideración teórica de los derechos fundamentales. El autor aduce las siguientes razones: 1) Advertencia de síntomas de agotamiento de las elaboraciones doctrinales sobre el concepto y contenido de tales derechos. 2) «Suplantación del formalismo por el sociologismo en amplios y significativos sectores de la doctrina jurídica». 3) Influencia de determinados enfoques del pensamiento socialista. 4) Idoneidad de los métodos funcionales «para dar cuenta de las nuevas funciones de los derechos fundamentales en el marco de las transformaciones del Estado de Derecho. 5) Adecuación de los enfoques funcionales para explicar los sucesivos cometidos asignados al sistema de los derechos fundamentales, desde una concepción «generacional» de éstos.
En tercer lugar, se ofrece una breve exposición de algunos de los modelos dicotómicos o alternativos, desde los que se formulan las teorías funcionalistas: *a)* El modelo sincrónico de Peter Häberle y, el modelo diacrónico de Erhard Denninger. *b)* El modelo descriptivo de Niklas Luhmann y prescriptivo de Ronald Dworkin. *c)* Los modelos balance (Hans-Peter Schneider) y prospectivo (Carlo Lavagna).
En cuarto lugar se analizan las dificultades que presenta la interpretación funcional de los derechos fundamentales:
- Riesgo de «funcionalizar» los derechos fundamentales, que «choca abiertamente con la tradicional concepción de éstos como fines en sí mismos».
- Esta instrumentalización puede suponer «relativizar, condicionar y limitar temporalmente su status», amenazando su condición de «categorías absolutas e inmutables».
- «... la funcionalización de los derechos podría hacer borrosas las propias señas de identidad del orden Constitucional de los Estados de Derecho, al relativizar y tornar imprecisos no sólo los fines constitucionales, sino la significación misma de su catálogo de libertades.»
Por último, el autor señala las aportaciones que se han hecho desde el análisis funcional de los derechos fundamentales. Entre los logros de las teorías funcionalistas, cabe destacar:
- Su «provechosa dimensión multifuncional» que, al partir del carácter institucional de los derechos, los vincula a la realización de los fines prefijados en la Constitución.
- La adecuación para dar cuenta de la tensión entre el deseo de validez absoluta de los derechos y la

práctica de sus limitaciones.
- «Su contribución a plantear el sistema de los derechos fundamentales como un todo dinámico, o sea, como categorías históricas, que deben ser interpretadas y aplicadas de forma evolutiva.»

(Yolanda Reyes Ramos)

PESET, Mariano.

Motivos y causas de la Revolución en España.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. VI, 1989, págs. 153-173.

Este artículo podría dividirse en cuatro apartados: En el primero de ellos el autor realiza un estudio de los precedentes de la fase revolucionaria. Francia fue el modelo de todos los países que deseaban acceder a la contemporaneidad: existía una constitución, división de poderes, derechos del ciudadano, igualdad ante la ley, extinción de privilegios... El autor menciona también revoluciones anteriores a la francesa, como la holandesa, la inglesa y la americana. En este sentido, es de destacar la influencia de Inglaterra en la revolución francesa, que se expresa en las cartas de Voltaire y en *L'Espirit des lois*. En el segundo apartado el autor señala el desarrollo en Europa de los sucesos revolucionarios y su posterior influencia en España.
El apartado tercero se ocupa de los motivos de la revolución. De ellos podría destacarse los tres siguientes: la necesidad de buscar solución a la guerra contra los franceses, que había abierto un período de penuria y malestar generalizado; el desmoronamiento del sistema político, como consecuencia de la invasión napoleónica; y, por último, la labor legislativa de las Cortes, que fue también esencial para iniciar el cambio revolucionario.
El último punto se refiere a las causas de la revolución. Se trata en él de averiguar cuáles son las circunstancias que subyacen a la misma, prestándose especial importancia a la configuración de la propiedad y las relaciones que de ella surgen, que constituyen lo que el autor califica de «transición hacia el capitalismo». En este sentido, el autor realiza un minucioso estudio de las relaciones entre nobleza, propiedad, privatización del señorío y abolición de los mayorazgos.

(Francisco Javier Milán Díaz)

PORRAS DEL CORRAL, Manuel.

Derecho, igualdad y dignidad. En torno al pensamiento de R. Dworkin.

Ed. Universidad de Córdoba, Córdoba, 1989, 216 páginas.

El objetivo de este libro es «a través de la glosa del núcleo seleccionado del precitado libro [Taking Rights Seriously] y de ciertos razonamientos críticos en torno a su contenido vertidos» intentar «enunciar unas consideraciones generales (capítulo 1); ofrecer una visión comprensiva de algunas de las aportaciones más significativas de Dworkin al campo de la iusfilosofía -como su crítica al positivismo jurídico (capítulo 2) y su formulación alternativa de una teoría del derecho, basada en la defensa de los derechos individuales, y más en particular en el fundamental "derecho a igual consideración y respeto" ("right to equal concern and respect") (capítulo 3)-; y exponer una reflexión final (capítulo 4)».
En esta «reflexión final» el autor concluye: «Es a la luz de la dimensión de "moralidad", desde la que la doctrina dworkiniana sobre el derecho y los derechos, a mi juicio, queda esclarecida, Corolario de una concepción antropológica y ética, que se atisba en el horizonte de su pensamiento y se plasma en una teoría antipositivista de lo jurídico, que transciende la norma para abarcar también los principios, y en una teoría de los derechos individuales, de signo antiutilitarista -axial en su filosofía política- que hunde su raíz en las ideas éticas de la dignidad y la igualdad humana, y se manifiesta en el fundamental derecho a igual consideración y respeto. Nociones que, asimismo, constituyen la clave hermenéutica y legitimadora de los derechos morales y del sistema jurídico; y evidencia finalmente, la relación existente en su doctrina, entre moral, política y derecho».

(Daniel González Lagier)

PRIETO SANCHÍS, Luis.

El derecho eclesiástico de la década constitucional.

Revista de Estudios Políticos, núm. 66, 1989, págs. 93 a 126.

Durante esta primera década de vigencia del régimen constitucional, se ha creado un nuevo Derecho eclesiástico acorde con los principios de libertad religiosa y secularización de las instituciones públicas, que viene a sustituir al existente en un régimen formalmente confesional.
Para el autor, no cabe hablar de unos principios peculiares de este sector del ordenamiento, como defendía cierta doctrina especializada, pero sí que pueden extraerse cuatro principios esenciales derivados de la Carta Magna. Son los principios de libertad e igualdad religiosa, el principio de laicidad del Estado y el principio de cooperación con las confesiones religiosas.
El primero engloba tanto a las manifestaciones internas como externas -el culto- y es derivación de un marco más general que la doctrina francesa ha denominado libertad de pensamiento, que ampara no sólo la libertad religiosa, sino también la ideológica. De este principio surge en nuestro ordenamiento la exigencia de la cooperación con las confesiones religiosas y especialmente con la Iglesia Católica, como la de mayor arraigo.
Respecto a las confesiones distintas de la católica, se subraya el diferente tratamiento jurídico de las primeras respecto a la segunda. Los credos religiosos no católicos se agrupan en estructuras organizativas que aparecen plenamente integradas en el ordenamiento estatal, siguiendo el régimen general del artículo 22 de la Constitución.
Por el contrario, los acuerdos entre el Estado Español y la Iglesia Católica Romana, que aparece reconocida como sujeto de Derecho Internacional, tienen rango de tratados internacionales.
Otro problema lo constituye la determinación de cuál es el criterio a seguir para designar a una cierta creencia religiosa como confesión. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR), de 5 de julio de 1980. sólo señala aquéllas que en cualquier caso no serán reconocidas como tales, señalándose como requisito la necesidad de inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, lo que no aclara la indeterminación, pues habrán de considerarse confesiones las que figuren en dicho Registro sin detallarse de manera taxativa cuáles son las características que han de poseer para poder ser inscritas.
La LOLR reconoce, para las confesiones que alcancen notorio arraigo en España, la posibilidad de concluir acuerdos de cooperación con el Estado como los efectuados por la Iglesia Católica. Al margen de la dificultad que la interpretación del término «mayor arraigo», pueda entrañar por su indeterminación, en opinión del autor la LOLR equipara las confesiones no católicas a las personas jurídicas de la Iglesia Católica menos privilegiadas por el Derecho eclesiástico.
Respecto al sistema matrimonial, se pone de relieve la discriminación que significa para los creyentes de confesiones no católicas; pese a tener éstas libremente permitidos sus ritos matrimoniales, éstos carecen (al contrario que el matrimonio celebrado en forma canónica) de cualquier clase de reconocimiento civil.
El régimen educativo ha sido, en opinión de Prieto Sanchís, el punto más controvertido durante estos

diez años, controversia en parte provocada por la prolija y ecléctica regulación constitucional. Especiales problemas hermenéuticos plantea el artículo 27 CE a lo que se añade el 20.1, que garantiza la libertad de cátedra. En cuanto a la relación de oposición que puede plantearse entre este último derecho y el derecho al carácter propio de los centros privados, el autor coincide con la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual nadie puede obligar al profesor a convertirse en apologista del ideario del centro, pero tampoco puede lanzar ataques contra el mismo.

Se critican las formas de cooperación establecidas, por entenderlas como una cobertura constitucional para el mantenimiento de instituciones y técnicas de inspiración regalista y confesional.

El autor termina señalando que el Derecho Eclasiástico debería ser una parcela singular del Derecho de libertades públicas, y lamenta que el legislador español se haya decantado por un modelo institucional y filocatólico.

(Manuel González-Moro Tolosana)

PUY, Francisco.

Una aportación a la tópica jurisprudencial de los derechos humanos.

Anuario del Centro Asociado de la UNED de Málaga, Málaga, núm. 3, 1989, págs. 187-208.

El análisis de un elenco de sesenta definiciones doctrinales de los derechos humanos, confeccionado partiendo de una de Payne de 1791 y concluyendo en una de Puy de 1985, permite extraer cinco conclusiones principales:
1) Una definición global en estos términos: *Los derechos humanos son los derechos y libertades tipificados como fundamentales en las leyes fundamentales y en los instrumentos internacionales y sancionados como efectivos en los tribunales constitucionales y en las cortes internacionales de justicia, que los estados, las organizaciones o los individuos investidos de algún poder sobre otros -con objeto de fundamentar su poder, o de justificarlo o de legitimarlo, para afianzarlo o defenderlo- reconocen como limitaciones para la propia actuación y como obligaciones para la prestación de servicios en favor de todos los seres humanos próximos considerados débiles desde el punto de vista civil y político y también en el campo económico, social y cultural*.
2) Los positivistas tienden a considerar los *derechos humanos* como *derechos fundamentales* y los iusnaturalistas prefieren verlos como *derechos naturales*. Pero tal diferencia no impide que unos y otros encuentren en ellos un grato punto de encuentro.
3) Los derechos humanos son una materia interdisciplinar que interesa a muchos especialistas distintos, y en particular: a los iusfilósofos y a los juristas constitucionalistas; a los juristas internacionalistas, a los filósofos moralistas; a los politólogos; a los sociólogos; y a los economistas. Los iusfilósofos asumen frecuentemente ahí el papel de coordinadores de la investigación.
4) No todos los que se ocupan de los derechos humanos son defensores o partidarios de los dikeos. Los hay fuertemente críticos e incluso adversarios duros. Pero casi todos están de acuerdo en su noción, lo que posibilita su aplicación y difusión.
5) La procedencia geográfica y lingüística de los teóricos acredita que la teoría y la praxis de los dikeos -que arrancó del mundo monoteístico judeo-cristiano euro-americano- se ha expandido por el mundo panteísta indo-europeo e indoasiático, y por el mundo ateo soviético, estando rezagada en las zonas menos europeizadas de Asia y África y siendo especialmente rechazada en el área de la cultura musulmana: hecho preocupante por la actual expansión de la influencia del islamismo por todo el mundo.

PUY, Francisco.

El discurso constitucional.

En el vol. *La Constitución Española, diez años después (1978-1988)*, Tapia, Madrid, 1989, págs. 11-22.

Asiduamente, el texto constitucional viene considerado como un sistema de mandatos dotado de un cierto orden y unidad internos de carácter lógico. Pero además de eso el texto constitucional puede ser considerado como un discurso retórico. Y desde este punto de vista, *el discurso constitucional es el texto mismo de la Constitución, entendido como un razonamiento escrito, de alguna extensión, dirigido por una persona a otras, para enseñarles la ocurrencia de unos hechos y persuadirlas del cumplimiento de unas normas*. Desde el primer punto de vista interesa averiguar el significado de lo que dicen las proposiciones constitucionales y establecer si su significado o su sistematización es correcto. Desde el segundo punto de vista interesa responder a otra cosa, a saber: ¿Por qué motivo se obedecen de hecho? En este trabajo se adopta la segunda de esas perspectivas, la inusual, para realizar una descripción somera del discurso retórico constitucional, con el objeto de establecer los rasgos discursivos de la Constitución Española de 1978, considerándola como el paradigma del discurso jurídico normativo. Estas son las conclusiones:
a) El esquema discursivo de la Constitución es complejo y agrupa quince secuencias significativas: 1) Rótulo. 2) Protocolo. 3) Preámbulo. 4) Títulos. 5) Capítulos. 6) Párrafos. 7) Capítulos. 8) Secciones. 9) Adicionales. 10) Transitorias. 11) Derogatoria. 12) Final. 13) Escatocolo. 14) Autenticación. 15) Insértese.
b) La agrupación sistémica de esos elementos se reduce a dos conjuntos que se subdividen en otros dos: 1) El *conjunto exhortativo* que comprende los subconjuntos protocolar y escatocolar. 2) Y el *conjunto imperativo* que comprende los subconjuntos artículos y disposiciones. El problema retórico fundamental de la Constitución y de toda norma, sobre todo si es extensa, es que el discurso retórico se aloja en los dos subconjuntos, protocolar y escatocolar que, como su propio nombre indica, están separados por un largo trecho de datos, y de tanta importancia como que son los artículos y disposiciones: y eso hace que pase desapercibido.
c) El discurso generalmente desapercibido que la Constitución contiene es tan breve como tiene que serio para tener fuerza persuasiva y dice así: «(Yo) *Don Juan Carlos, Rey de España* (os digo) *a todos los que la presente* (comunicación) *vieren y entendieren: Sabed que las Cortes han aprobado y el Pueblo español ratificado la siguiente Constitución* (aquí viene el océano articulado)... (y que)*, por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Constitución, como norma fundamental del Estado.*»

PUY, Francisco.

¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?

En J. Muguerza (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1989, págs. 289-302.

El discurso sobre el fundamento de los derechos humanos está dominado por la ley de la primacía de la praxis sobre la teoresis. Por tres razones:
a) Por el significado primigenio del *fundamento*. El *fundamento* es: i) la planta del pie (móvil) de una persona que le permite moverse sin caer al suelo, especialmente cuando es montañoso, y ii) la base del pie (quieto) de una montaña (*poyo, poio, puevo, puig o puch*) que, a pesar de sus fracturas, permanece firme sin derrumbarse. Evidentemente, el fundamento que interesa en el dominio de la teoría es el i), pero en el dominio de lo práctico no tiene sentido sin el ii). Nunca. Y más que nunca en un terreno montañoso como el jurídico.
b) Por la naturaleza dialéctica (más o menos conflictiva, es igual) en que se desenvuelven sus protagonistas, los interlocutores. Nunca se expresará igual en materia dikea (ni en ninguna jurídica, en general) el demandante y el demandado, el beneficiario y el perjudicado. A uno y a otro les conviene disponer de un arsenal de justificaciones teóricas idénticas, pero para usarlas en sentido contrario. En los dikeos más que nunca el *discurso del amo* y el *discurso del esclavo* discrepan en la práctica, incluso si disponen de la misma teoría (y si no, con más motivo).
c) Por la naturaleza retórica del asunto, la cual impone una ley de hierro, a saber: *fundamentan* «las razones en las que las mismas partes no coinciden»; *ambas cosas*, independientemente de que les suenen bien o mal a los terceros que las puedan oír o juzgar desde sus propias teorías o simplemente con mentalidad científico-teórica-sistemática pura.
El discurso sobre el fundamento de los dikeos se forja en la praxis; pero su praxis no es efectiva sin una previa fundamentación teórica seria. Ahora bien, la seriedad se refiere al trabajo, no al resultado. Aquí, como en la conquista del reino de los cielos, cada cual tiene que intentar encontrar la fundamentación que le satisface y apacigua... y aguardar a que, por añadidura, la compartan otros más. Los demás. Quizá venturosamente muchos. Por tanto: i) Acepto las fundamentaciones citra-jurídicas y meta-jurídicas de los dikeos. ii) Sostengo que los dikeos deben tener muchas fundamentaciones teórico-sistemáticas con las que poder articular muchas motivaciones práctico-existenciales que garanticen mejor su efectividad. iii) Y animo la búsqueda de muchas fundamentaciones de los dikeos, o sea, muchas razones (si teórico-sistemáticas mejor) por las que muchos (cuantos más mejor) se convenzan de que los dikeos existen y se motiven a sacrificarse por su respeto.

PUY, Francisco.

¿Qué es el liberalismo.? La perspectiva de un jurista.

Veintiuno. Revista de Pensamiento y Cultura, Madrid, núm. 2, 1989, págs. 5-14.

El *liberalismo* es la ideología según la cual la organización del estado se debe reducir a las funciones indispensables para la vida en sociedad, abandonando las demás actividades a la iniciativa privada. Y, como todas las fórmulas sociales, tiene su *cara buena* y su *cara mala*.
El gran problema de esta ideología es dar con las proporciones adecuadas a cada necesidad histórica. Para dominar el terrorismo no basta una policía municipal de tráfico. Para acabar con el paro no basta un colegio de árbitros y mediadores. El modelo liberal de gobierno no funciona en épocas convulsivas y cambiantes, sino que sólo funciona en las escasas coyunturas sociales propiciadas por épocas alcióneas de bienestar generalizado.
Ahora bien, el presente español es época de convulsión y crisis, con cambio acelerado y permanente. En esta coyunda, el liberalismo sólo puede desempeñar dos roles:
i) El del recitador testimonial que mantiene en la sociedad un ideal romántico para cuando pueda hacerse efectivo.
ii) El del actor oportunista que trata de provocar un golpe de fortuna electoral, con el que disponer de pronto del típico poder del partid o-bisagra, balanceador a discreción, con sus pocos gramos de peso electoral, de platillos en que se contrapesan toneladas de peso electoral ajeno.
Lo malo del liberalismo es la tendencia que muestran todos los liberales a entregar la nación a otras naciones; a convertirse en cobertura ideológica del capitalismo; a practicar la deslealtad para con el asociado, a negociar con usura su escaso capital electoral.
Lo mejor del liberalismo estriba en que el modelo de sociedad abierta, integrada por grupos competitivos, siempre constituye un excelente recordatorio general de la necesidad que hay de que las opiniones individuales se tengan por equivalentes, de que las personas se autodeterminen, y de que el pluralismo social no sea aniquilado.
El liberalismo es así un gran antídoto contra el totalitarismo. Si en una sociedad hay siquiera un poco de liberalismo, cada uno deja a su vecino hacer requesón en casa o montar una fábrica de yogur. Pero no consiente que toda la sociedad se convierta en una gigantesca central lechera totalitaria, capaz de transformarle a él y a sus conciudadanos en un cargamento de botellas de leche desnatada, descremada, homogeneizada y esterilizada. Y ya no es poco.
Lo prudente es aprovecharse de lo bueno que tiene el liberalismo -su valor testimonial, sobre todo y prevenirse de sus defectos- su oportunismo y transfuguismo, en especial.

PUY, Francisco.

Sobre los principios generales del Derecho.

Estudios de Deusto, Bilbao, núm. 37, 1989, págs. 441-462.

Los principios generales del derecho son el conjunto de verdades jurídicas nacidas en el mismo derecho y dotadas de poder generativo para que sigan naciendo otras verdades jurídicas en el mismo derecho. Su naturaleza jurídica se sintetiza en cinco tesis:
1) Los PGD *son principios*.
2) Los PGD *son* (principios) *generales*.
3) Los PGD *son* (principios generales del) *derecho*.
3. 1) Los PGD son derecho porque *son fuentes del derecho*.
3.2) Los PGD son derecho porque *son derecho natural* precisamente; y -para nosotros, hispanos- *derecho natural hispánico*.
3.3) Los PGD son derecho porque *son derecho filosófico* y, por ello, la aportación jurídica de la jurisprudencia en cuanto que ella es fuente del derecho.
Esta última conclusión es importante. Si el derecho es norma, decisión y valoración, resulta que: la legislación crea las normas del derecho; la jurisdicción crea las decisiones del derecho; y la jurisprudencia crea los principios generales del derecho. Ahora bien, nuestra jurisprudencia encuentra dos graves dificultades para llevar a buen término esa misión de crear y formular los principios generales del derecho español.
1.ª) La ignorancia generalizada de la tradición jurídica nacional que es sólo un síntoma de la ignorancia aún más agudizada de las tradiciones jurídicas regionales.
La devaluación de los estudios de historia del derecho español y la falta de interés por la bibliografía histórica nativa (canonística y civilística) no augura una pronta solución a esa dificultad. Mientras sigamos celebrando reuniones en que hablan más jurisprudentes extranjeros que nacionales. Mientras sigamos haciendo más investigaciones sobre el derecho extranjero que sobre el nacional. Mientras sigamos leyendo y citando más la doctrina forastera que la propia... no estaremos en condiciones de hacer una jurisprudencia propia respetable. Y menos aún, de elaborar como es debido nuestra aportación a ella en forma de principios generales del derecho español.
2.ª) La tendencia actual a buscar una jurisprudencia laica, escéptica, irreligiosa e incluso atea.
Buscar los principios generales de un derecho cualquiera sin fe es empresa casi imposible. Pero si se trata del derecho español, entonces la imposibilidad es manifiesta y total. El progresivo ateísmo de nuestra jurisprudencia (influida por un marxismo obsoleto) no augura tampoco pronta solución al problema de facilitar la tarea creadora de los principios generales del derecho español por parte de la jurisprudencia española.

PUY, Francisco.

El tópico del pacifismo.

Agora. Papeles de Filosofía, Santiago de Compostela, núm. 8, 1989, págs. 37-52.

La paz no es un estado de reposo. El estado de paz seguida no es propiamente la paz que se expresa desde *pax*, sino el ocio que resulta desde *otium*. La asociación de ideas empero resultó y resulta inevitable. El ocio sólo se puede disfrutar después que la paz puntual ha interrumpido el continuo combate. Y además, el ocio sólo causa bienestar cuando se disfruta en unión del antiguo enemigo, convertido ahora en rival... La razón de ser del atractivo indeleble que ejerce la invocación (retórica) del pacifismo estriba en que actualiza la tesis de que el ocio debe ser comprado a cualquier precio: porque no lo hay de balde; y, por tanto, cualquier precio es barato, frente a la alternativa de carecer de él en absoluto. Lo expresa bien la vieja frase sapiencial de que *más vale un armisticio que una victoria*. La misma convicción expresa el no más joven brocardo jurídico que dice que *es preferible una mala transacción a una buena sentencia*. Y de ahí se sigue la debilidad fáctica del único argumento teórico contra el pacifismo: «Los pacifistas nunca ganan, porque siempre renacen las guerras y, además, ellos las pierden.»

El argumento es tan falso como decir que los médicos siempre pierden, porque todos los enfermos mueren. Así es, pero mientras tanto se retrasa la muerte -se prolonga la vida- y se calma el dolor se vive una vida mejor. O sea, que siempre ganan la batalla contra el acortamiento y, el empeoramiento de la vida. Análogamente, los pacifistas ganan siempre, como poco, esto: el haber evitado cualquiera sabe cuantas guerras; o haberlas retrasado; o haberlas acortado...

En la lógica de la razón práctica, por tanto, no se puede decir que sea el pacifismo contradictorio. Por el contrario, aunque pierda encuentros, ganará el campeonato; y aunque fracase en la instancia, triunfará en el supremo. El pacifismo *ganará teóricamente*, si se cumplen sus sombrías predicciones y se consuma así la catástrofe nuclear... Y el pacifismo *ganará prácticamente*, si con sus aparentemente contradictorias batallas por la paz consigue evitar el gran hongo atómico...

No es verdad, pues, que el pacifismo sea una anticipada entrega a las potencias satánicas. Más bien es verdad que *beati pacifici, quoniam filii Dei vocabuntur*. De donde se sigue un concepto y un tópico distintos del pacifismo.

En cuanto al concepto: *Pacifismo significa amor a la justicia como acción de paz por la entrega activa en las manos de la potencia divina*.

Y en cuanto al tópico: *Pacifismo es el tópico con que un mediador trata de convencer a dos contendientes potenciales de que la mejor victoria consiste en la evitación de la guerra mediante un tratado de cooperación y no-agresión firmado con equidad, observado con lealtad y fiado a Dios como vengador*.

PUY, Francisco.

Los derechos en la declaración de 1789.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 6, 1989, págs. 45-56.

Los derechos declarados en Versalles en 1789 se connotan por cinco referencias: 1) la calificación de los derechos. 2)la titularidad de los derechos. 3) la enumeración de los derechos. 4) la efectividad de los derechos. 5) y la fundamentación de los derechos. Los autores de la *Declaración imaginaron, consciente o inconscientemente, que los derechos declarados eran*:
1) *Los derechos y deberes* (pr.). 1. 1) *naturales* (pr. y arts. 2.º y 4.º). 1.2) *sagrados* (pr. y art. 17.º). 1.3) *inalienables* (pr.). 1.4) *imprescriptibles* (art. 2.º). 1.5) *inviolables* (art. 17). 1.6) y más preciosos (art. 11).
2) cuyos titulares son: 2. 1) *el hombre y el ciudadano* (pr. y art. 12), o sea 2.2) *cada hombre* (art. 4.º). 2.3) *y todos los miembros del cuerpo social* (pr.).
3) *cuales*: 3. 1) *la libertad* (arts. 1.º, 2.º y 4.º). 3.2) *la propiedad* (arts. 2.º y 17). 3.3) *la seguridad* (art. 2.º). 3.4) *la resistencia* (arts. 10 y 11). 3.6) *el control o fiscalización* (art. 14.º). 3.7) *la igualdad* (arts. 1.º, 6.º' y 13). 3.8) *la participación* (art. 6.º). 3.9) *la legalidad* (arts. 6.º, 7.º y 8.º). 3. 10) *el orden público* (art. 10). 3.11) *la responsabilidad* (arts. 11 y 15), y otros.
4) respecto a cuya efectividad: 4. 1) *la primera garantía es su incesante recuerdo por medio de una declaración solemne, presente constantemente a todos los miembros del cuerpo social* (pr.). 4.2) *la segunda es una fuerza pública, en beneficio de todos* (art. 12). 4.3) *y la tercera es la ley* (arts. 4. º, 10 y 11). 4.4) *de modo que su ejercicio no tiene otros límites que los que, siendo determinados sólo por la ley, y siempre a reserva de responder del abuso de esta libertad* (arts. 4.º y 11), *garantizan a los demás miembros de la sociedad*: 4.5) *el goce de esos mismos derechos* (art. 4.º). 4.6) *y que su manifestación no altera el orden público* (art. 10).
5) *que la Asamblea Nacional de los representantes del pueblo francés* (pr.). 5. 1) *en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo* (pr.). 5.2) *reconoce y declara* (pr.). 5.3) *porque la ignorancia, olvido o desprecio de los derechos son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos* (pr.). 5.4) *y porque toda la sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos no tiene constitución* (art. 16).
El trabajo analiza lo que queda vigente en la actualidad de aquél punto de vista sobre los dikeos llegando a la conclusión de que casi todo.

RABOSSI, Eduardo.

El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico.

Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 3, 1989, págs. 323-343.

En este trabajo se propone el autor, en primer lugar, demostrar la «existencia en nuestro mundo actual de un fenómeno específico, históricamente dado, sumamente complejo, extraordinariamente dinámico, de alcances universales y de consecuencias revolucionarias. A ese fenómeno lo denominaré «el fenómeno de los derechos humanos».
El fenómeno de los derechos humanos es, a continuación, objeto de un análisis descriptivo, en el que se distingue un plano sincrónico y otro diacrónico y, en un segundo momento, de interpretación que lleva a diversas conclusiones, entre ellas la de que el objeto de la teoría de los derechos humanos «no es los derechos humanos, ni tampoco los derechos» sino esa «realidad históricamente dada», «el fenómeno de los derechos humanos», y, por ende, la necesidad de un cambio de paradigma teórico; o la innecesidad de la tarea de fundamentar los derechos humanos, que cede ante los problemas que plantea su aplicación, gestión y promoción.
Tras lo cual expone el autor las limitaciones que padecen diversos paradigmas teóricos, tales como el «normativista», el «sociohistoricista» o el «fundacionista», finalizando con una serie de conclusiones sobre la forma de tratar, desde un punto de vista filosófico, el fenómeno de los derechos humanos.

(Tomás Mingot Cortés)

RAMOS PASCUA, José Antonio.

La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configuración del Derecho como sistema normativo autónomo.

Ed, Tecnos, Madrid, 1989, 251 págs.

El libro versa sobre la llamada «regla de reconocimiento», elemento clave en el pensamiento jurídico de H. L. A. Hart, último gran exponente del positivismo jurídico contemporáneo. La importancia de la regla de reconocimiento, remozada versión de la norma fundamental de H, Kelsen (que también se examina ampliamente en el libro), estriba en su condición de llave maestra de la configuración positivista del Derecho como sistema normativo autónomo, separado de la moral. En efecto, en cuanto su función prioritaria consiste en identificar todas y cada una de las normas jurídicas válidas, logra la conformación del orden jurídico como conjunto bien delimitado de normas. Para determinar en qué sentido ello es así, se emprende en el libro un examen pormenorizado sobre el origen, naturaleza y función de la regla de reconocimiento. A partir del mismo, reflexionando sobre sus resultados y apoyados en las críticas de ciertos autores relevantes que se han ocupado del tema (entre ellos destaca R. Dworkin), se han podido poner de manifiesto las principales dificultades que afectan a la doctrina de la regla de reconocimiento, tal y como Hart la presenta. Dificultades que, en lo fundamental, son también las del positivismo jurídico normativista de nuestros días.

ROJO SANZ, José María.

Fundamentos antropológico-jurídicos de la defensa de la vida humana.

Persona y Derecho, Pamplona, núm. 21, 1989, págs. 205-219.

Este artículo recoge la ponencia del autor en la International Pro Life Conference que tuvo lugar en Palma de Mallorca del 12 al 14 de Febrero de 1988. El texto resume las principales ideas del Profesor Rojo sobre el derecho a la vida, muchas de ellas, aparecidas en germen en otros escritos anteriores. Si, al comienzo, el autor se sitúa en un nivel legislativo general, reflexionando brevemente sobre la influencia de las leyes en la vida moral de los pueblos, pasará en seguida a un nivel más profundo examinando el sentido del «servicio a la sociedad», que debe prestar todo legislador y concretando este servicio, como un «servicio al ser humano» que comienza por «aceptar a cada ser humano tal y como es, sin visiones idealistas, ni prejuicios reduccionistas. Se trata de aceptar, en definitiva, cada miembro de esa sociedad la defensa a ultranza de un ser que posee valores absolutos y derechos inalienables». El autor entiende que el primero de estos derechos es el respeto a la vida humana, en todas y cada una de las etapas de su desarrollo «y, por tanto, el primero de los deberes con que nos encontramos desde el momento en que somos conscientes de nuestra realidad humana» (pág. 208).
Descartando que el problema de la defensa de la vida humana se plantee primariamente como un problema meramente religioso, pasará a examinar los reduccionismo con los que se tiene que enfrentar el desprecio de la vida humana, preguntándose si «el desvanecimiento del sentido último de los derechos humanos y, por tanto, del derecho a la vida, no consista en otra cosa que en la pérdida del sentido de la realidad (pág. 209). Las referencias a los profesores Ballesteros, Spaemann, Lombardi-Vallauri o MacCormick y a los clásicos como Aristóteles, Kant, Hegel, Marcel o Weil, se suceden en las páginas del trabajo demostrando el carácter histérico y sacro de la dignidad humana y buscando toda defensa posible de los niños no-nacidos, los niños pequeños, los ancianos, los enfermos y los pobres, rechazando una fundamentación «que “sirva”sólo para un estadio de la vida humana».
El texto termina con una crítica a toda concepción patrimonialista de los derechos humanos y, por tanto, de la vida humana.

ROJO SANZ, José María.

Il riconoscimento della dignitá umana nell'ordinamento giuridico spagnolo.

En Diritto, Morale e Consenso Sociale, Ed. Morcelliana, Brescia, 1989, págs. 237-256.

El texto de este trabajo forma parte del libro, *Diritio, Morale e Consenso sociale*, en el que colaboran juristas y moralistas de cuatro áreas culturales diversas: italiana, francesa, germana y española.
Como el título indica, a lo largo del presente trabajo el autor realiza un examen detallado de la situación en que la dignidad humana se encuentra en el renovado ordenamiento jurídico español, una vez recuperada la democracia en España. Consta de dos partes fundamentales. La primera (págs. 239-246) se sitúa en un nivel más formal y, en ella, se examinan tres temas centrales para la comprensión del sentido de los principios axiológicos que justifican las normas del ordenamiento jurídico español, el cuál puede ser considerado, en opinión del autor, como «nuevo», puesto que desde el año 1978, con la primera Constitución democrática después de la guerra civil, la legislación y la jurisprudencia han sufrido una transformación importante. Así, se tratarán los valores superiores del ordenamiento jurídico español, el puesto de la dignidad humana en el texto constitucional y algunas cuestiones derivadas de los anteriores temas, tales como el «contenido esencial» de los derechos fundamentales, y los principios «favor libertatis» e «in dubio pro libertatis», así como el valor de los derechos fundamentales como derechos subjetivos «alienables», semejantes a los derechos patrimoniales. En esta parte, el autor, sigue, en gran medida, las tesis de los profesores Peces-Barba, Elías Díaz, Rodríguez Paniagua y Pérez Luño respectivamente, señalando los puntos de coincidencia y añadiendo oportunos comentarios críticos, tanto a las tesis mencionadas como a la legislación y jurisprudencia relacionada con los temas mencionados.
En la segunda parte (págs. 246-255), se tratan temas más concretos relacionados con algunos de los principales derechos fundamentales, examinando la legislación y jurisprudencia correspondiente, en su caso, las cuales han tenido la lógica pretensión de romper con aquellos principios del precedente ordenamiento en sus aspectos no democráticos y expresión de ausencia de libertad.
El autor concluirá que, a pesar de los esfuerzos realizados, el «nuevo» ordenamiento jurídico español no ha desarrollado todas las exigencias fundamentales para una adecuada defensa y protección de la dignidad humana, mostrándose optimista, sin embargo, en el sentido de que antes o después se alcanzará plenamente tal objetivo.

ROJO SANZ, José María.

Los derechas morales en el pensamiento angloamericano.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, núm. 5, 1988-89, págs. 231-249.

En la tradición jurídica angloamericana, la distinción entre *moral rights* y *legal rights* es frecuente, y habitual su coexistencia con términos tales como *natural rights* o *generic rights*. El problema surge cuando al hablar de derechos humanos (*human rights*) se ve la necesidad de conectarlos con un nivel que va más allá de los meros derechos legales entendidos como derechos subjetivos. La expresión *moral rights* significa un derecho que no está garantizado por la coacción estatal, que se fundamenta en principios morales y cuyas características serían la inalienabilidad, la incondicionalidad y el situarse en los fundamentos mismos de todo Derecho.
A lo largo del artículo, se examina en cuatro apartados, la historia del sentido de los derechos morales en el pensamiento angloamericano hasta nuestro días. Se parte de la insuficiencia del concepto de *legal rights*, para continuar con la negación de los derechos morales en el utilitarismo (Hobbes y Bentham). En tina línea intermedia entre el puro utilitarismo y una cierta apertura a la admisión de los derechos morales, se encontrarían Locke, Hutcheson y Hart, cuyo pensamiento se examina en el apartado tercero. En el último apartado, se examinan los principales autores en los que se encuentra una progresiva admisión y desarrollo de dichos derechos, junto a una constante superación del utilitarismo, siendo Mill el primer autor que enumera los moralrights entre los contenidos de la justicia (*Utilitarism, ch. V*). Habrá que esperar a Rawls, sin embargo, para que se produzca un importante cambio en la tradición angloamericana dominada por el utilitarismo, con la vuelta a Kant y la preocupación por poner el acento en la idea de igualdad. El apartado IV y el artículo terminan con una exposición del pensamiento de Dworkin y de MacCormick, siendo éste último el que, en opinión del autor, ha sabido extraer lo mejor de Bentham y de Kant, manteniéndose dentro de la tradición angloamericana, pero superándola; admite y establece una distinción clara entre derechos morales y derechos legales que une conceptualmente, advirtiendo que sólo fuera de las teorías voluntaristas se pueden adscribir derechos a los menos favorecidos, como los niños, los deficientes y los pobres, lo que permitiría pensar en una fundamentación antropológica de los derechos humanos, sobre la base de la dignidad humana proyectada en la serie de perentorias necesidades que exijan una satisfacción incondicional en justicia.

ROJO SANZ, José María.

La democracia, fórmula de la reversible.

En AAVV, *Diez años de régimen constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, págs. 106-116.

Dentro de los estudios que, sobre Julián Marías, ha realizado el autor, el presente artículo expone el pensamiento de Marías acerca de la democracia, centrándose en el examen que éste hace, sobre todo, en los cuatro tomos de la *España real*, que tienen como hilo conductor el cambio que España experimentó entre 1985 y 1980, desde sus reflexiones en las vísperas del cambio, pasando por la intrahistoria de 1976, entendida como un proceso de «devolución de España», gracias a una combinación de verdad y libertad que Marías advierte como existente en el pueblo español, hasta llegar a tener a «España en nuestras manos» de nuevo, momento en el que Marías realiza un estudio de la *razón histórica* de este proceso.
En base a los datos que encontramos en los cuatro libros de *La España real* se esboza el estudio de filosofía política sobre la democracia que contiene este artículo.
El texto se articula en tres apartados bajo los títulos de «Liberalización y democratización de la sociedad, «La democracia, única forma de legitimidad» y «Democracia real y "democracia morbosa"».
Sin embargo, el artículo se desarrolla en torno al significado de la expresión que le da título: «la democracia es, precisamente, la fórmula de lo reversible y ésta es su gran virtud, lo que hace de ella la solución política más inteligente y civilizada. Y es también lo que hace que la democracia tenga muy poco que hacer fuera de la política, en tantas zonas de la vida humana que son estrictamente irreversibles, aunque el hombre contemporáneo se resista a verlo y aceptarlo» (pág. 113)
La democracia se muestra como un método idóneo para plantear los problemas políticos: supone la aceptación de ciertas reglas de juego y necesita una reacción positiva por parte del cuerpo social, siendo los principios básicos de aquélla, los siguientes: cada individuo tiene derecho a participar en el ejercicio del poder que rige la vida colectiva (ejercicio del sufragio universal, poder estar informado y no renunciar a las posibilidades de intervención en los asuntos públicos); el derecho de las mayorías a establecer leyes y el sentido general de la política, y el respeto de las minorías por las mayorías.
Por último, se examina el ámbito propio de la democracia que es, en definitiva, aquél en el que encontramos lo que sirve a Marías para su definición: lo opinable, lo cambiante, lo reversible.

ROSS, Alf.

¿Por qué democracia? (Trad. de Roberto J. Vernengo.)

Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 246 págs.

«Muchos pasos aislados -escribe el autor de este libro en 1952- constituyen, en pequeña escala, una opción hacia la democracia o hacia la dictadura... Por ese desarrollo cada uno de nosotros tiene su parte de responsabilidad. Es importante, por tanto, que entendamos lo que involucra la opción. Tener clara conciencia de ello, echar tanta luz como sea factible en una cuestión crucial como ésta y, por lo demás, dejar a cada uno la elección del propio punto de vista en eso radica el propósito de este libro.»
En el capítulo primero del libro el autor realiza una introducción a la problemática suscitada por el fenómeno democrático, especialmente tras la derrota militar del fascismo. El interrogante que se abre ante esta situación es el de si hay que reasumir y continuar la democracia, o si debemos buscar bienes inéditos.
El capítulo segundo consiste en una mirada retrospectiva sobre el desarrollo histórico de la democracia -que abarca desde el medievo hasta la democracia moderna-, a partir de la cual se trata de buscar una ubicación de la democracia en la historia de la humanidad.
En el capítulo tercero se exponen las teorías de Rousseau y Bentham sobre la democracia, así como la crítica que se le ha dirigido tanto desde el nacismo y fascismo como desde el comunismo.
El capítulo cuarto constituye una aproximación al concepto de democracia, distinguiendo entre las concepciones tradicionales y las que la definen en base a un ideal.
En el capítulo quinto el autor se ocupa de «las ideas de democracia» por lo cual entiende simplemente una expresión formal breve de los valores relacionados con ese sistema de gobierno, En este sentido analiza, por un lado, la relación entre la democracia y el uso de la fuerza, la libertad política y personal, la igualdad y, por otro lado, la mentalidad democrática.
En el capítulo sexto se lleva a cabo un examen de «la requisitoria contra la democracia» a través de un análisis de sus «defectos no específicos», así como de la «revalorización negativa de las ideas democráticas». Finalmente, se aportan al respecto nuevos puntos de vista.
El capítulo séptimo trata sobre las condiciones sociales de la democracia, examinando la disyuntiva capitalismo-socialismo y las «probabilidades de la democracia en tiempo de crisis».
En el capítulo octavo se analiza la democracia desde un punto de vista técnico, para lo cual, en primer lugar se distingue entre democracia directa y representativa en términos generales y también en relación a los diferentes poderes del Estado. A continuación se examina la «autodefensa de la democracia».
En el noveno y último capítulo del libro se distingue los diferentes campos de lucha por la democracia: la moral, el derecho y la esfera económica, así como sus profundas interrelaciones.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

RUBIO CARRACEDO, José.

La inconsistencia del modelo democrático liberal.

Anuario de Filosofía del Derecho, núm. 6, 1989, págs. 239-251.

En este artículo se cuestiona la coherencia doctrinal del modelo democrático liberal y, por extensión, la de la práctica política que propicia. Según el autor, el modelo liberal se ha sustentado mucho más sobre una práctica política históricamente situada que sobre un diseño teórico consistente. Los problemas teóricos del modelo liberal surgen de la incompatibilidad de los dos conceptos que constituyen el núcleo de la teoría: el componente liberal y el componente democrático. «En efecto, desde sus orígenes, sus teóricos más destacados (Locke, Hume, Burke, Constant, Mill, etc.) han pugnado arduamente por articular sus dos componentes esenciales, imposibles de cohonestar.» La teoría de la representación política fue la primera solución que permitía armonizar el principio básico de libertad individual con la decisión pública y colectiva sobre los asuntos que concernían a todos. El segundo instrumento de esta articulación fue el concepto de utilidad pública; «la reformulación del liberalismo en términos utilitarios iniciada por J. S. Mill ha sido uno de los intentos más serios y prolongados. Más recientemente se propuso su trasposición en términos del modelo económico de mercado (Schumpeter, Downs, Buchanan, etc.), por último, la década de los setenta estuvo marcada por la polémica de ambos modelos, utilitarista y económico, contra las nuevas remodelaciones propuestas por J. Rawls (en la línea liberal social) y por R. Nozick (en la línea neoliberal)». Pero, a pesar de estos intentos, el liberalismo, al menos en su versión teórica, ha entrado definitivamente en crisis tras los trabajos de MacPherson, Pateman, A. Levine, Wolff, Sen y otros. A juicio del autor «la filosofía política liberal no cree posible la reconciliación de la autoridad con la autonomía y opta por la primera», y es ahí donde radica su error: «el liberalismo se aferra a su paradigma histórico y se niega a considerar toda posibilidad de una reformulación positiva del principio de libertad individual, la única capaz de reconciliarlo con el principio democrático. (...) En el mejor de los casos, el liberalismo permanecerá siempre extraño a los conceptos de igualdad, solidaridad y cooperación no competitiva. Por lo mismo, su reconciliación con un sistema democrático no devaluado resulta imposible. Se perpetuará, por ende, la disyunción de sus dos componentes, el liberal y el democrático, permaneciendo el segundo subordinado al primero; por lo mismo, será siempre una democracia degradada, instrumentalista».

(Yolanda Reyes Ramos)

RUBIO CARRACEDO, José.

«Posición original» y «Acción comunicativa» (Rawls y Habermas).

Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 64, 1989, págs. 225-233.

El autor pretende en este artículo «examinar brevemente la modalidad de acción comunicativa presente en la *Posición original*, de J. Rawls, a propósito de una referencia comparativa que hace J. Habermas al profesor de Harvard en un pasaje de *Ética del Discurso*». En su opinión la referencia habermasiana contiene algunas precisiones certeras, pero también incluye ciertas exageraciones e inexactitudes, que resume en cinco puntos: 1) la identificación de la posición de Rawls con el monologismo trascendental de Kant; 2) la negación de una verdadera acción comunicativa de la posición original; 3) deficiencias del planteamiento rawlsiano en los casos de conflicto de acción, ya que éstos suponen la interrupción del consenso normativo; 4) la exigencia de una nueva formulación del imperativo categórico («en lugar de presentar monológicamente a los demás mi máxima validada como ley general, he de presentarles mi propuesta a fin de que se efectúe por todos la comprobación decisiva de su aspiración de universalidad»), y 5) la no suficiencia de un marco normativo abstracto que regule procedimentalmente la discusión, «sino que se requiere un marco histórica y socialmente situado».
Tras examinar sucesivamente estos puntos, el autor llega a la conclusión de que «la referencia habermasiana, con su pretensión de marcar distancias entre su propuesta y la de Rawls, resulta desorientadora, y ello no sólo porque algunas de sus apreciaciones son inciertas, injustas o exageradas, sino porque, en definitiva, es muy superior el peso de los elementos comunes que el de los diferenciales».

(Isabel Lifante)

RUIZ MANERO, Juan.

Sobre la crítica de Kelsen al marxismo.

En Óscar Correas (comp.) *El otro Kelsen*, UNAM, México, 1989, págs. 111-161.

Se trata de una nueva publicación de un artículo aparecido en el número 3 de la revista Doxa (1986), y del que puede verse una reseña en Doxa, núm. 4 (1987).

(Daniel González Lagier)

RUIZ MIGUEL, Alfonso.

Problemas de ámbito de la democracia.

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 97 a 120.

«El propósito fundamental de este escrito -dice el autor- es suscitar algunos problemas y preguntas relativos a la justificación de quién, dónde y cómo se deben adoptar las decisiones democráticas.» El texto se divide en tres apartados. El primero de ellos trata del ámbito de los sistemas políticos y en él se trata de dar cuenta de qué entiende el autor por «ámbito» de un sistema de decisiones políticas, así como de por qué limita el problema al sistema político democrático.
En el segundo apartado se analiza el alcance y las dificultades del ámbito de la democracia, para ello el autor comienza realizando alguna precisión sobre quiénes son los «afectados» en la toma de decisiones colectivas para, a continuación, distinguir entre tres niveles diferentes de decisiones democráticas: decisiones simples o con consecuencias directas en la realidad, decisiones de segundo nivel o de «control de la agenda» y, por último, decisiones de tercer nivel o sobre las reglas últimas y principales del juego democrático. En este último nivel se plantea el problema de si tales reglas se deben justificar o no democráticamente.
El tercer y último apartado contiene una reflexión sobre los problemas de justificación de la democracia local y la democracia mundial. El problema sobre el que gira dicha justificación es precisamente el de si las dimensiones de los Estados se han quedado pequeñas para afrontar los grandes problemas pendientes de la humanidad, de los que los dos más grandes son el peligro bélico y el hambre. La solución a este problema, según el autor, pasa por la configuración de un poder internacional con capacidad de regular los conflictos y la cooperación y de arbitrar con eficacia y, sobre todo, justicia.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

RUIZ MIGUEL, Alfonso.

Confirmaciones y precisiones mínimas.

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 201 a 204.

En este artículo el autor se propone confirmar y precisar algunos de los problemas que Javier de Luchas plantea en relación con un primer trabajo publicado en este mismo número de Doxa. Las observaciones que Ruiz Miguel lleva a cabo pueden condensarse en los siguientes puntos:
1) Parece más interesante una crítica que muestre «cómo el juego de la democracia sin más puede garantizar algunos derechos que parecen básicos... o, en otro caso, qué razones cabe aducir contra su protección ante eventuales mayorías opuestas» que aquella crítica que se plantea cómo se pueden conocer moralmente y delimitar los derechos incluidos en el «coto vedado». Por otro lado, no parece «que la "contradicción" entre la realidad y la caracterización de los derechos básicos como universales e imparciales... permita poner en duda la validez moral de aquellos o cualesquiera otros criterios de justicia».
2) El concepto de «afectados» por las decisiones democráticas resulta difícil de determinar debido a su indudable dificultad teórica. «De otra parte, si hay algún criterio de tal tipo avalado por la reflexión crítica, el mejor y más urgente candidato para el futuro es el de que todos somos afectados relevantes por las decisiones más cruciales para la humanidad.»
3) Sostener que es necesaria «consciencia de posibilidad y oportunidad en las metadecisiones» y que «los criterios últimos del juego democrático no tienen por qué ser justificados, a su vez, democráticamente» no supone adoptar «un planteamiento cercano al paternalismo».
4) «El posible contraste entre estatalismo e internacionalismo desaparece en la medida en que se contemple al Estado mundial en coexistencia con los Estados nacionales, cada uno con sus competencias.»
5) Las ideas de compromiso y pacto se refieren a un concepto diferenciado al de unanimidad y consenso. Por otro lado, existe un contraste entre el criterio de la mayoría, pues el segundo es más exigente al requerir la unanimidad o el consenso.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

SAUQUILLO GONZÁLEZ, Julián.

Michael Foucault: una filosofía de la acción.

Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 459 págs.

El autor estudia en este libro la filosofía de Michael Foucault. En este sentido, nos dice: «Opté por analizar la filosofía de Foucault, sus fundamentos, en una primera parte (caps. I, II y III), para después estudiar su filosofía política y considerar el debate que mantuvo con el derecho como técnica de dominación social. El interés de Foucault por el derecho fue evidente, tanto en su trabajo teórico como en su preocupación práctica por el funcionamiento de la justicia francesa (...). A esta preocupación teórica por el derecho, que analizo fundamentalmente en el capítulo IV, en torno al debate acerca de la "paz civil" y el "discurso de la guerra" o sus análisis dedicados a las "matrices jurídico-políticas" o a la denuncia de la cárcel, hay que añadir su papel dinamizador de la problematización de la justicia.»

Respecto al contexto en el que se desarrolla la filosofía de Foticault, el autor afirma que ésta «se sitúa dentro del pensamiento surgido tras la crisis de la filosofía hegeliana en el siglo XIX. Coincide con la pérdida de un lenguaje que dé cuenta de una experiencia universalizable, y con la puesta en cuestión de los presupuestos fundamentales de la filosofía clásica; las ideas de totalidad, verdad y sujeto transcendental. En este sentido, el pensamiento de Foucault arraiga tanto en la tradición de pensamiento abierta por Kant y los "maestros de la sospecha", como en el pensamiento de Heidegger y los análisis propiciados por la revolución estructural en las ciencias humanas, durante la década de los sesenta».

En relación con su filosofía política, debe tenerse en cuenta el análisis de Foucault acerca del gobierno político, en el que se «pretende evitar su concepción jurídica, basada en el concepto de "soberanía" como criterio de legitimación. Desde esta perspectiva el control político en la sociedad moderna es menos jurídico que normalizante: no se expresa tanto a través del derecho como a partir de las instituciones disciplinarias. *Surveiller et punir* (1975) replantea la relación entre el poder y el derecho, oponiéndose tanto ala concepción jurídico-liberal como a la teoría marxista del poder. Los efectos políticos del poder, en la sociedad moderna, no se localizan únicamente en el Estado y transcienden un papel estricto de garantes del intercambio económico desigual. El poder normalizante recorre la totalidad del cuerpo social, mediante un irreductible juego estratégico cuya operatividad es contestada por las resistencias cotidianas.

Al discurso filosófico-jurídico -continúa el autor- Foucault opone un análisis histórico-político, para el cual la guerra es el elemento fundamental de la política. Más allá de la teoría política del siglo XVIII, Foucault traza una génesis materialista del Estado, en la que sus aparatos poseen un papel terminal dentro de un régimen institucional de fuerzas que recorren el tejido social. A través de la historia del derecho penal, de la genealogía de la cárcel, del poder psiquiátrico, de la sexualidad infantil, del poder médico, Michael Foucault ha descartado el entendimiento metodológico del poder como instancia represiva. En vez de fundamentar el poder político en el "contrato social", resalta su perdurabilidad en un régimen de fuerzas que, a través de las instituciones, se inscribe en los cuerpos

y produce formas homogéneas de subjetividad».

(Daniel González Lagier)

SEGURA ORTEGA, Manuel.

El problema de las lagunas en el Derecha.

Anuario de Filosofía del Derecho, núm. VI, 1989, págs. 285-312.

El presente trabajo trata de dar respuesta a tres cuestiones básicas: ¿qué son las lagunas? ¿cómo pueden constatarse? y, finalmente, ¿cuáles son los procedimientos para su eliminación? Previamente se hace un análisis de aquellas doctrinas que, de uno u otro modo, han negado la existencia de las lagunas. Se trata de mostrar que todas ellas dan una respuesta insatisfactoria y que los argumentos que utilizan son contradictorios. Naturalmente, el punto de partida de esta investigación consiste en la afirmación de que las lagunas existen indiscutiblemente, e incluso su presencia es mucho más frecuente de lo que a primera vista pudiera parecer. Se intenta, al mismo tiempo, superar la tradicional clasificación entre lagunas de la ley y lagunas del Derecho, así como reformular el sentido del principio clásico de la plenitud del ordenamiento jurídico. Muchos de los equívocos que, a mi juicio, se han producido respecto del tema de las lagunas tienen su origen, precisamente, en una incorrecta comprensión del principio de la plenitud del ordenamiento jurídico.
Una vez constatada la presencia de una laguna, la tarea inmediata y urgente es proceder a su eliminación a través de la actividad del sujeto encargado de aplicar el Derecho. Desde esta perspectiva, se estudian las diferentes fases que tienen lugar en este proceso teniendo en cuenta las distintas modalidades de lagunas. Por último, se analizan, aunque someramente, los dos métodos típicos de eliminación de las lagunas: la autointegración y la heterointegración. En el primer caso, nos encontramos con que la solución viene dada, en última instancia, por una norma que pertenece al propio sistema y es, desde luego, el método más frecuentemente utilizado. En la heterointegración, por el contrario, la respuesta ya no es ofrecida directamente por el ordenamiento jurídico, lo que implica una mayor libertad en el juez con lo que el control de la decisión definitiva se hace mucho más difícil.

(Manuel Ortega)

SERRANO GONZÁLEZ, Antonio.

Poder legal y poder pastoral.

Droit et Société, París, núm. 11-12, 1989, págs. 193-218.

«Si queremos seguir aprovechando los materiales que Foucault nos ha dejado -opina el autor- se hace necesario pensar de manera distinta la relación existente entre el derecho y esa actividad insidiosa de normalización del cuerpo social por él descubierta. Sólo así resultará factible estar en condiciones de detectar el perfil coactivo de un nuevo modelo de derecho, pretendidamente liviano, pulcramente economicista, desprovisto de ideología, que gusta permanecer en la exterioridad y sin ánimo de conocer y domeñar conciencias, aunque sea en las aguas negras de la penalidad. Para ello, nos vamos a aprovechar de la significativa crítica de Habermas al método de Foucault para poner de relieve la hipertrofia de determinados aspectos de la noción de biopoder. Una vez despejado algo el terreno, traeremos a colación con una finalidad más o menos sustitutoria, la noción casi póstuma de *poder pastoral* porque nos permite aislar el esqueleto de la relación de poder, siendo así fácilmente conectable con otras construcciones teóricas de parecido tenor. A partir de aquí, será posible volver a introducir el elemento jurídico con cierto aprovechamiento.»

(Daniel González Lagier)

SORIANO, Ramón.

¿Quién debe ocuparse de la Sociología del Derecho?

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 6, 1989, págs. 431-439.

El autor se cuestiona en este artículo si la Sociología del Derecho, dado que no forma parte de los planes de estudio de ninguna Facultad de Derecho española, debe ser integrada en la programación docente de las Facultades de Derecho y, en caso de respuesta afirmativa, qué clase de profesional debe encargarse de su docencia e investigación.
En primer lugar, constata la inviabilidad de la propuesta del profesor Hernández Marín: el desempeño docente de la Sociología del Derecho por los juristas dogmáticos en su rama correspondiente de las ciencias jurídicas. El autor considera que la Sociología del Derecho debe ser una especialidad estudiada y enseñada por unos profesionales del Derecho exclusivamente dedicados a ella, por varios motivos:
Por una parte, se refiere a una serie de limitaciones de las condiciones subjetivas de los docentes, que impiden que esta disciplina pueda ser impartida por los juristas dogmáticos: la imposibilidad de explicar el programa ordinario de la asignatura, la irregularidad del curso académico normal, y la actitud adversa de algunos profesionales de la enseñanza del Derecho hacia la Sociología del Derecho.
Por otra parte, aduce razones de índole interno de la especialidad, mucho más difíciles de superar: la Sociología del Derecho es algo más que las sociologías de las ramas del ordenamiento jurídico y exige una preparación en una serie de materias que poco tienen que ver con el estudio de las instituciones del Derecho positivo. A juicio del autor, «la ocupación cotidiana de los sociólogos del Derecho, siguiendo el ejemplo de los especialistas de otros lugares donde la Sociología del Derecho goza de una institucionalización docente e investigadora, sería la siguiente: estar especialmente al tanto de los estudios e investigaciones, teóricas y empíricas, del sector de la Sociología del Derecho de su preferencia y en el que se ha especializado, proseguir su formación en las materias de la parte general de la Sociología del Derecho (singularmente: presupuestos conceptuales, presupuestos históricos, metodología de la investigación sociológica y materias generales de la Sociología del Derecho relativas a todas las ciencias jurídicas dogmáticas (...) y seguir la evolución de la investigación de otros sectores de la Sociología del Derecho relacionados con su campo de investigación, dado el carácter interdisciplinario de la Sociología del Derecho y las mutuas implicaciones del avance del conocimiento en las distintas sociologías del ordenamiento jurídico». En definitiva, el sociólogo del Derecho debe convertirse en un profesional exclusivamente de esta disciplina, «dado el extraordinario cúmulo de conocimientos que debe atesorar y reciclar, y dadas las diversas perspectivas metodológicas y temáticas en las que debe situar su investigación dentro del marco de una actitud científica abierta».

(Yolanda Reyes Ramos)

TOHARIA, José Juan.

El Juez español: quince años después.

Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 3, 1989, págs. 345-364.

«En el otoño de 1987 -nos dice el autor- (quince años, por tanto, después de la encuesta originaria, realizada en 1972) llevé a cabo, por encargo del Consejo General del Poder Judicial, una nueva encuesta (...). El objetivo de estas páginas es presentar por primera vez, de forma global, los datos más significativos obtenidos en dicho estudio, y que componen un retrato colectivo de los integrantes del poder judicial en la hora presente.»
«En conjunto -prosigue- de esta encuesta nuestra judicatura emerge como un colectivo más joven, con creciente presencia femenina, y más plural en su origen social de lo que era década y media atrás: ideológicamente sintonizado con la sociedad y lúcidamente crítico (y aun cabría decir hipercrítico) respecto de la organización y desempeño de su función.»

(Tomás Mingot Cortés)

TREVES, Renato.

Antifascismo italiano y español en el exilio argentino. Un debate y otros recuerdos.

Sistema, Madrid, núm. 88, 1989, págs. 3-10.

El texto recoge la intervención del autor en el convenio «Cultura e politica nella Spagna 1936» que tuvo lugar en Nápoles los días 15 y 16 de diciembre de 1987. En él rememora el debate que, en la Argentina de 1944, tuvo lugar entre Francisco Ayala y el propio autor, para quien tal debate «sirve ante todo para explicar cómo el contraste que se podía apreciar entre nosotros (antifascistas italianos y españoles exiliados en Argentina) no era debido solamente a la distinta formación cultural de italianos y españoles de la misma generación, sino también a una diferente experiencia política (...). Este debate considerado a la luz de los acontecimientos sucesivos puede además servir para explicar cómo el contraste que se había verificado entre generaciones coetáneas italianas y españolas, hace cuarenta años, no tendría razón de ser en los tiempos recientes entre la vieja generación italiana y la joven generación española crecida bajo el franquismo», quienes han vivido una experiencia «muy similar a la vivida por la generación italiana precedente a la suya».

(Tomás Mingot Cortés)

VERNENGO, Roberto J.

El problema de la fundamentación de los derechos humanos: Fundamentaciones religiosas.

Anuario de Derechos Humanos, Madrid, núm. 5, 1988-89, págs. 251-264.

Necesidades no sólo de carácter teórico o ético, sino también de relevancia política justifican la búsqueda de una argumentación válida en orden a la fundamentación de los derechos humanos, lo que haría posible el reproche político a aquellos regímenes que no los incorporaran a su ordenamiento.
La mayor parte de los derechos a que se alude han sido incorporados al ordenamiento de los estados occidentales modernos; no obstante, surgen, a juicio del autor, dos problemas: *a)* la recepción de tales derechos por sistemas jurídicos no occidentales y la efectividad interna de las normas internacionales programáticas, y *b)* la delimitación de los que deben ser considerarlos derechos humanos.
El problema de la fundamentación se ha extendido al discurso religioso, especialmente en el católico, que el autor hace objeto de su estudio en tres apartados: el primero de ellos dedicado a la doctrina de la imago dei, el segundo a la consideración de los derechos humanos como derechos subjetivos y el tercero a los aspectos teleológicos del derecho a la vida.
En el primer apartado el autor traza una panorámica histórica del concepto católico del hombre como imagen de la divinidad y de cómo ha sido utilizada en épocas recientes para dar fundamentación religiosa a los derechos humanos. Critica las tesis de Soto Kloss al respecto para concluir que «ni en su tenor literal como relato mítico, ni en su interpretación formal» esta doctrina puede cumplir el papel fundamentador pretendido por aquél.
En cuanto al segundo de los extremos mencionados, el autor parte de tres acepciones de derecho subjetivo (como derecho subjetivo facultativo, como derecho subjetivo reflejo y, por último, el que Kelsen calificó de «sentido técnico» del concepto) para analizar el fundamento del derecho a la vida, concluyendo que dichas argumentaciones son incompatibles con la dogmática católica que «piensa el vivir no como un derecho, sino como una obligación divinamente impuesta».
Para el estudio de los aspectos teológicos del derecho a la vida, el autor parte de las tesis de Kalinowski, derivadas del análisis de la obra de Sto. Tomás. Kalinowski identifica el derecho a la vida como «plenitud de la vida natural en la medida de lo posible y plenitud de la vida sobrenatural sin otra medida que los limites del amor con que el hombre llega a amar a Dios», lo que conduce, según el autor, a la absurda definición de vida, de la que resulta que «estar muerto es también vivir», lo que impide la tarea de la fundamentación válida de este derecho por incurrir en un desplazamiento de los usos corrientes y científicos del lenguaje.

(Antonio González-Moro Tolosana)

VIDAL GIL, Ernesto.

Representación y, democracia: problemas actuales.

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 165-185.

En el artículo se analizan tres problemas. En primer lugar, la relación entre Representación política y Democracia, con especial atención al problema de la relación entre el «*dominus*» y el representante, al análisis de la democracia representativa y directa y a las transformaciones de la representación a consecuencia de la irrupción del «*mercado político*». En la segunda parte, planteo el problema material sobre el que se articula la representación con especial referencia al tema de la obligación política. Finalmente, y en tercer lugar, el problema de la relación-separación-confusión entre derecho y moral que surge con la representación con especial referencia al voto «*en conciencia*».

V.V.A.A.

Estudios sobre la filosofía del Derecho de Hegel.

Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, 406 páginas.

Este libro constituye, en palabras de Gabriel Amengual, a quien se debe su edición y la introducción al mismo, una «recopilación de estudios sobre la Filosofía del Derecho de Hegel (que) ha sido seleccionada y ordenada de acuerdo con las estructuras de la obra de Hegel dedicada a este tema, y no en el sentido general de filosofía política que de alguna forma podría abarcar toda la producción filosófica hegeliana».
«Con esta selección de estudios se intenta, pues, dar una muestra del estado actual de la investigación sobre la Filosofía del Derecho de Hegel en las voces de algunos representantes, seleccionados de tal forma que conjuntamente sirvan como comentario o exposición de la amplia y compleja temática de la Filosofía del Derecho de Hegel.
(...) En primer lugar, se optó por un tipo de trabajo más bien explicativo, dado el objetivo de acercar el lector a la Filosofía del Derecho de Hegel, es decir, interpretativo del sistema, lenguaje, contextualizando la opción de Hegel en el campo filosófico de su tiempo (...).
Junto a este criterio -que afecta a lo que podríamos llamar el talante de los estudios- está otro, que afecta al tema: se ha optado por estudios acerca de los grandes temas de la Filosofía del Derecho. Con este tipo de estudios la recopilación podía configurarse como una especie de exposición sistemática de la Filosofía del Derecho hegeliana, siguiendo el orden mismo de aparición de dicha obra, tratando los puntos más importantes, dejando muchos otros sin tratar, pero ofreciendo en todo caso unos materiales de trabajo y orientación, aunque no sean ni comentarios completos ni estudios conceptuales completos.»
Los textos aquí recopilados, en definitiva, son los siguientes: *La estructura de la «Filosofía del Derecho» de Hegel*, de Karl-Heinz Ilting; *Persona y propiedad. Un comentario de los párraos 34-81 de los «Principios de la Filosofía del Derecho» de Hegel*, de Joachim Ritter; *¿Qué significa: «superación de la moralidad a «Filosofía del Derecho» de Hegel?*, de Ludwig Siep; *El concepto de la «sociedad civil» en Hegel y el problema de su origen histórico*, de Manfred Riedel; *Estructura y significados de la sociedad civil hegeliana*, de Giuliano Marini, *La concepción hegeliana del Estado*, de Zbigniew A. Pelczyitski; *El príncipe hegeliano*, de Bernard Bourgeois; *Consideraciones sobre la teoría hegeliana de la guerra*, de Claudio Cesa; *¿Razón en la historia? Sobre el problema de la Filosofía de la Historia en Hegel*, de Emil Angehrn; y, por último, *Hegel y el iusnaturalismo*, de Norberto Bobbio.

(Daniel González Lagier)

VIDAL GIL, Ernesto.

Ilustración y legislación: los presupuestos ideológicos, jurídicos y políticos.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. VI, 1989, págs. 205-221.

En el trabajo intento una lectura en clave no privativista de la Codificación, en relación con la Ilustración y la consecución de los ideales políticos del Estado Liberal del Derecho que implican la concepción del Derecho desde el ordenamiento jurídico y los principios de jerarquía, unidad coherencia y plenitud y publicidad de las Leyes. De ahí la conexión existente entre Constitucionalismo y Codificación en la realización de la revolución jurídica que de suyo implica. Finalmente, subrayo la influencia de los ilustrados españoles en las tareas de la Codificación.

WROBLEWSKI, Jerzy.

«Sentido» y «Hecho» en el Derecho.

Ed. Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, 249 páginas.

«Esta colección de trabajos -dice el autor- aborda los aspectos principales de los problemas que plantea la decisión judicial desde el punto de vista analítico.»
Los textos que se recogen son los siguientes:
Capítulo I: *Enunciados valorativos en el derecho. Una aproximación analítica a la axiología jurídica*, en el que el autor intenta «presentar una estructura analítica de una tipología básica de enunciados valorativos en el derecho e indicar sus fundamentos filosóficos».
Capítulo II: *Justificación de las decisiones jurídicas*, cuya finalidad es delinear «las áreas en las que las decisiones jurídicas se justifican».
Capítulo III: *Ideología de la aplicación judicial del derecho*, donde se trata «de justificar la introducción del concepto de ideología de la aplicación judicial del derecho subrayando el papel de las valoraciones en esta actividad» y hacer una tipología de este concepto.
Capítulo IV: *El problema del sentido de la norma jurídica*, cuyo objetivo es «distinguir el problema filosófico general acerca del sentido de la norma jurídica y las afirmaciones de teorías particulares sobre la interpretación jurídica».
Capítulo V: *Base semántica de la teoría de la interpretación jurídica*, en el que el autor sostiene que «muchos de los tradicionales problemas de la interpretación jurídica pueden calificarse mediante una aproximación semántica que utilice los modernos instrumentos del análisis lógico del lenguaje en el terreno de la interpretación jurídica»,
Capítulo VI: *Lenguaje jurídico e interpretación jurídica*, que presenta «la relación entre los problemas de la interpretación jurídica junto con la discusión de algunas características del lenguaje jurídico».
Capítulo VII: *La interpretación en el derecho: teoría e ideología*, que analiza «dos de las maneras principales de abordar los problemas de la interpretación jurídica: la manera descriptiva y la manera ideológica».
Capítulo VIII: *El razonamiento en la interpretación jurídica*, que tiene la finalidad de «presentar la controversia entre formalistas y antiformalistas acerca de la interpretación jurídica como paradigma de razonamiento jurídico».
Capítulo IX: *El papel de los principios del derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica*, donde se pretende «identificar los problemas acerca del papel de los principios del derecho en la interpretación jurídica y la descripción de las formas de su solución desde el punto de vista de la teoría y de la ideología».
Capitulo X: *La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación*, donde el autor sostiene que las justificaciones de las decisiones probatorias tienen características mixtas entre la lógica (aplicación de reglas de inferencia que no implican valoraciones) y la argumentación (aplicación de otro tipo de

reglas)».
Capítulo XI: *Los hechos en el derecho*, en el que se quiere mostrar que, «desde el punto de vista del papel del "hecho" en la toma de decisión, hay varias clases de hechos, y que la relación de los "hechos" con el "derecho" está determinada por la manera en que aquéllos se encuentran referidos en el lenguaje jurídico».
Capítulo XII: *El problema de la así llamada verdad judicial*, en el que se discute «si la así llamada verdad judicial es diferente de la verdad que se establece en el área de las ciencias empíricas».
Capítulo XIII: *Concepto y función del precedente en sistemas de «statutory law»*, que trata «las diferencias generales entre el sistema de *common law* y el de *statutory law*, desde el punto de vista del precedente», el concepto y el papel del precedente en la toma de decisión y el precedente en la práctica de la judicatura en sistemas de *statutory law*.
Capítulo XIV: *Problemas teóricos e ideológicos en el control de la decisión judicial*, donde se estudia la toma de decisión y su control en el contexto de los sistemas de *statutory law*.

(Daniel González Lagier)

ZIMMERLING, Ruth.

La pregunta del tonto y la respuesta de Gauthier.

Doxa, Alicante, núm. 6, 1989, págs. 49-76.

«Resumiendo lo dicho hasta aquí -dice la autora -, no es aventurado afirmar que Gauthier no ha logrado mostrar convincentemente ni la racionalidad general de la maximización restringida -es decir, la superación del dilema de los prisioneros en términos puramente racionales- ni la coincidencia de la racionalidad con la moralidad.

Desde luego, la superación del dilema de los prisioneros aún en ausencia de amenazas externas de sanciones, no depende necesariamente de la corrección general del argumento de la disposición racional a cumplir lo acordado. Como recientemente lo ha señalado Robert H. Frank, puede ser una estrategia beneficiosa y eficiente, por ejemplo, convencer a los demás justamente de que uno *no* se deja guiar por la racionalidad, sino por alguna "pasión".

Por otra parte, para la convivencia con un "Tonto racional" -es decir, para segurar que a éste *siempre* le parezca conveniente, por razones prudenciales, cumplir sus contratos- aparentemente no cabe otro medio que la "solución política", aunque, por razones morales, ciertamente no la propuesta por Hobbes, sino más bien una que parta de la "solución moral" en el sentido de Rawls y asegure el cumplimiento de lo racionalmente acordado, a través de instituciones coactivas también racionalmente acordadas.

En última instancia, el propio Gauthier parece admitir la necesidad de una solución política cuando dice: "En un mundo de Tontos, ser un maximizador restringido y cumplir lo contratado no es beneficioso. En tales circunstancias, ser moral no sería racional" (...). Pero, si no es lo mismo ser racional que moral, tampoco coinciden la justificación deliberativa y la justificación moral.»

Respecto a esto último, la autora se muestra de acuerdo con la siguiente afirmación de Harsanyi: «Si nos importa el bien común, entonces la racionalidad nos dice claramente qué código moral hay que seguir... Pero si no nos importa el bien común, entonces la racionalidad no puede decirnos que hay que seguir éste (ni tampoco cualquier otro) código moral.»

(Daniel González Lagier)