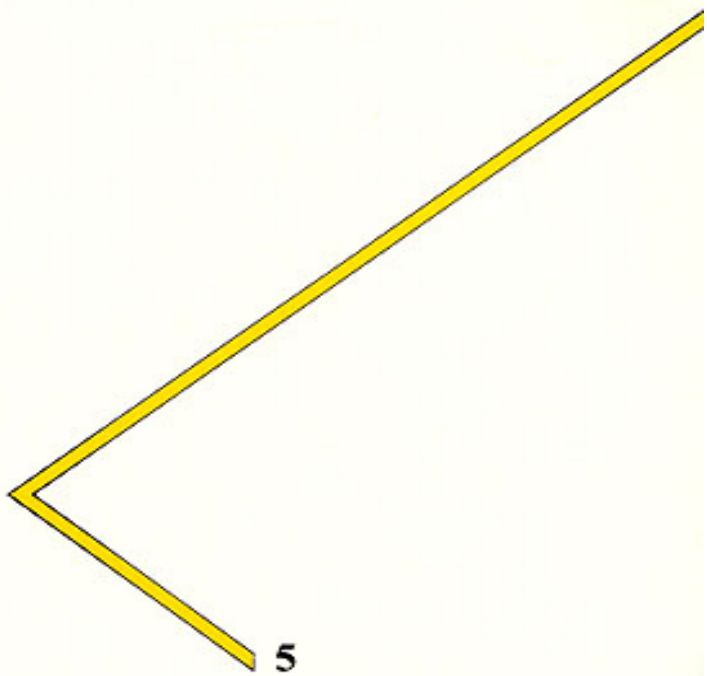
DOXA



CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Centro de Estudios Constitucionales
y Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante
Alicante,
1988

Índice

- Presentación
- Jürgen Habermas y la filosofía del Derecho
  - Manuel Jiménez Redondo - Nota preliminar
  - Jürgen Habermas - ¿Cómo es posible la legitimidad por vía legalidad?
  - Kaarlo Tuori - Etica discursiva y legitimidad del Derecho
  - Adela Cortina - La moral como forma deficiente del Derecho
  - Carlos S. Nino - Constructivismo epistemológico: Entre Rawls y Habermas
  - Manuel Jiménez Redondo - ¿Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos de la Constitución relativo a derechos fundamentales?
  - Robert Alexy - Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica
- Sobre el paternalismo
  - Ernesto Garzón Valdés - ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?
  - Paulette Dieterlen - Paternalismo y Estado de Bienestar
  - Victoria Camps - Paternalismo y bien común
  - Manuel Atienza - Discutamos sobre paternalismo
  - Ernesto Garzón Valdés - Sigamos discutiendo sobre el paternalismo
  - Paulette Dieterlen - Respuesta a M. Atienza
  - Victoria Camps - Sigamos discutiendo
  - Eligio Resta - Metáfora del contrato
  - Javier Lucas - Sobre el origen de la justificación paternalista del poder en la antigüedad clásica
- Artículos
  - Werner Krawietz - El concepto socilógico del derecho
  - Alessandro Baratta - La vida y el laboratorio del Derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal
  - Thomas Wilhelmsson - ¿Racionalidad de las necesidades en el Derecho privado?
- Notas
  - Juan Ramón Capella - Falacias de la «ética de la responsabilidad»
  - Francisco Laporta - Otras falacias
  - Juan Ramón Capella - Pesos y medidas
  - Javier de Lucas - Teoría del Derecho y sociología del Derecho: El Dictionaire D'Eguilles
  - Julia Barragán - A propósito de «El Concepto de Estabilidad de los Sistemas Políticos» de Ernesto Garzón Valdés
- Entrevista
  - Juan Ramón de Páramo - Entrevista a H.L.A. Hart
- Bibliografía
  - Daniel González Lagier y Juan Antonio Pérez Lledó (coords) - La filosofía del Derecho en España (1987)

P R E S E N T A C I Ó N

Jürgen Habermas es -pocas dudas caben de eso- uno de los filósofos más influyentes -quizás incluso el más influyente- de la actualidad. Como lo señala Manuel Jiménez en la nota preliminar al artículo de Habermas que centra la primera sección de este número 5, la filosofía del Derecho parece ocupar un lugar destacado en los últimos escritos de Habermas, aunque su teoría del Derecho (que en cierto modo se inicia con el artículo que ahora aparece en versión castellana) esté aún en una etapa de elaboración. Eso no quiere decir, naturalmente, que su filosofía «general» no sea también en alguna medida filosofía «del Derecho» o que no pueda ser utilizada -de hecho, ya lo ha sido- por filósofos del Derecho o bien, en la versión española, por «filósofos del Derecho de la moral y de la política». El resto de los artículos que integran la sección es buena prueba de ello, aunque la influencia habermasiana varíe de unos a otros. Así, los trabajos de Kaarlo Tuori y de Adela Cortina se ocupan de cuestiones directamente conectadas con el artículo de Habermas; Carlos Nino efectúa una comparación entre el constructivismo de Rawls y de Habermas para situarse en un punto equidistante entre ambos; y los trabajos de Manuel Jiménez y de Robert Alexy (que como el lector advertirá están estrecha y polémicamente conectados entre sí) se vinculan de una manera menos explícita con la obra de Habermas, aunque las resonancias habermasianas sean en ambos casos innegables.

La sección segunda, Sobre el paternalismo*, contiene esencialmente las actas de las primeras jornadas sobre problemas de filosofía práctica organizadas por Jorge Malem y celebradas en Barcelona en la primavera de 1987. Aquí cabe distinguir, a su vez, dos partes. La primera viene a ser una discusión acerca de la justificación ética (y acerca del concepto) de(l) paternalismo jurídico, que se abre con un artículo de Ernesto Garzón Valdés, al que siguen otros dos de Paulette Dieterlen y Victoria Camps, algunos comentarios críticos de Manuel Atienza a todos ellos, y otras tantas réplicas de los tres primeros autores. En la segunda parte, Eligio Resta y Javier de Lucas abordan también el problema del paternalismo desde perspectivas que resultan complementarias con la anterior que se situaba en un marco más o menos estrictamente analítico.*

El trabajo de Werner Krawietz, El concepto sociológico del Derecho*, abre la sección de artículos libres, que se prolonga con las colaboraciones de Alessandro Baratta,* La vida y el laboratorio

del Derecho. A propósito de la imputación de responsabilidad en el proceso penal, *y de Thomas Wilhelmsson,* ¿Racionalidad de las necesidades en el Derecho privado? *Curiosamente, también en estos tres trabajos está presente la obra de Habermas.*

La polémica -corta pero intensa- entre Juan Ramón Capella y Francisco Laporta sobre la «ética de la responsabilidad» abre la sección de notas que se completa con un comentario de Javier de Lucas al Diccionario de teoría y sociología del Derecho coordinado por Andrè Arnaud, y otro de Julia Barragán al libro de Ernesto Garzón Valdés «El concepto de estabilidad de los sistemas políticos».

Finalmente, de la importante entrevista con H. L. A. Hart efectuada por Juan Ramón de Páramo merece destacarse quizás la rectificación que el propio Hart ofrece de su concepto de deber jurídico, así como la viva exposición de sus diferencias con Dworkin.

La bibliografía correspondiente a la filosofía del Derecho española de 1987 ha sido coordinada en esta ocasión por Daniel González Lagier y Juan Antonio Pérez Lledó y se publica -y así se seguirá haciendo en números posteriores- como un fascículo aparte de la revista.

JÜRGEN HABERMAS Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

NOTA PRELIMINAR

En los últimos años la teoría del Derecho ha venido ocupando un importante lugar en los programas de investigación y docencia de J. Habermas. El que hasta el momento, sin embargo, sus publicaciones sobre el tema sean escasas y fragmentarias es reflejo tanto de la dificultad del tema en sí como de la que resulta de la amplitud del marco en que Habermas lo aborda.

Recordemos el punto en que Habermas da con el problema del Derecho en *Teoría de la acción comunicativa*. Del hundimiento de las imágenes religiosas y metafísicas del mundo emergen, como rasgo básico de la modernidad cultural, tres esferas de validez, la de la ciencia y la tecnología, la de las ideas morales y jurídicas y la del arte y crítica de arte; cada una de ellas con su propia lógica interna. La unidad de la razón no puede reconstruirse ya por arriba, en forma de una metafísica o de una imagen religioso-metafísica del mundo, sino sólo en términos formales o en términos procedimentales. Pues, bien, Weber, al hacer el diagnóstico del racionalismo occidental moderno, señala como tendencia evolutiva la amalgamación de administración estatal, sistema económico, ciencia y tecnología formando un todo compacto («la jaula de hierro») sólo influible ya por la irrupción del «carisma», no controlable en términos racionales. Mas para poder hacer este diagnóstico, Weber tuvo que efectuar la siguiente operación. No cabe duda de que el Derecho moderno se asienta sobre fundamentos práctico-morales, pero a medida que con el desarrollo del mundo moderno se va secando la fuente que esas bases tienen en la religión, esas bases a su vez se evaporan y el desarrollo del Derecho pasa a sentarse sobre el terreno de lo científico-técnico, pasa a sentarse sobre la esfera de validez científico-técnica. La esfera de validez práctico-moral está condenada a quedar a su vez vacía. Ciencia, técnica, administración estatal, economía y tecnología jurídica constituyen el «estuche de servidumbre» sólo rompible ya por la irrupción irracional de «lo nuevo».

Lukacs, al interpretar todo ello como «cosificación», acepta este diagnóstico de Weber, al que se limita a insertar en una visión dialéctica de la historia, que hace crisis en la Escuela de

Frankfurt. Al intentar sentar de nuevo las bases de una teoría crítica de la sociedad, Habermas no tiene más remedio que hacer frente a los términos del diagnóstico de Weber. Y en lo tocante al Derecho su revisión viene a ser la siguiente: Es evidente que el Derecho contemporáneo, en la mayoría de sus tramos, puede aplazar y diferir los problemas de legitimación, pero pensar en un Derecho que pudiera sacudirse los problemas de legitimación es, incluso empíricamente, insostenible. Y si ello es así, no cabe, como hace Weber, desligar al Derecho de la esfera de validez práctico-moral, esfera que por lo demás no necesita de base religiosa alguna. Ahora bien, el Derecho contemporáneo hace ya mucho tiempo que ha desbordado las bases legitimatorias que para el sistema jurídico moderno en conjunto representaron las distintas versiones del Derecho Natural Racional. Es difícil que ninguna de estas versiones, por lo demás difícilmente recomponibles hoy, pudiera reconocerse en él. ¿Dónde se ubica entonces el momento práctico moral del que, constitutivamente, el sistema jurídico no puede prescindir?

Desde luego que no en una prédica externa al Derecho. Como buen hegeliano de izquierdas, Habermas se muestra tan adicto a la crítica ideológica como despectivo frente a todo discurso moralizante; en ocasiones incluso se ha referido a la «catástrofe de la historia del pensamiento ético», a esa «paranoia de filósofos que se han sentido autorizados a decir al prójimo qué debe hacer». Y es que si constitutivamente el Derecho no puede desprenderse de las estructuras de la conciencia práctico-moral, ello o se hace sentir en el interior del propio sistema jurídico como «razón práctica» operante en el propio interior de él o no e encontrará hoy en ninguna parte.

Y así Habermas emprende un análisis del Derecho en que se dan la mano sociología del Derecho, teoría del Derecho, reconstrucción teorética de las estructuras de la conciencia moral moderna, análisis del razonamiento jurídico y análisis de la práctica jurídica.

El terreno que este planteamiento interdisciplinar ofrece para teóricos de materias bien diversas ha empezado ya a dar sus frutos en Alemania; en no pocos trabajos recientes empieza a ser reconocible la inspiración de Habermas. En el artículo que sigue Habermas resume y funde las dos primeras «lecciones» (dadas en Harvard y Frankfurt) de su próximo libro dedicado al Derecho, que pueden constituir una buena muestra de lo que va a ser la (sin duda) peculiar teoría del Derecho de nuestro autor.

¿COMO ES POSIBLE LA LEGITIMIDAD POR VÍA DE LEGALIDAD?

Voy a sostener la tesis de que la autonomización del sistema jurídico no puede significar una desconexión completa de derecho y moral, por un lado, y de política, por otro. El derecho, al convertirse en positivo, no rompe sus relaciones internas con la moral y la política. En la primera parte voy a bosquejar, a grandes rasgos, cómo el derecho moderno, con ayuda del Derecho Natural Racional, se diferenció del complejo tradicional que formaban moral, derecho y política. En la segunda parte me ocuparé de la cuestión de cómo del hundimiento del Derecho Natural Racional surge una idea de Estado de Derecho que de ninguna manera se limita a flotar impotentemente sobre una sociedad de alta complejidad y acelerado cambio. En la tercera parte, finalmente, estudiaré, desde una perspectiva interna, cómo derecho y moral se complementan hoy a la vez que se entrelazan.

I. *Razón y positividad: sobre el entrelazamiento de derecho, política y moral*

1. Si queremos entender por qué la diferenciación del derecho en modo alguno disuelve por completo el interno entrelazamiento de éste con la política y la moral, lo más adecuado es echar una ojeada retrospectiva sobre el nacimiento del derecho positivo. Este proceso se extiende en Europa desde fines de la Edad Media hasta las grandes codificaciones del siglo XVIII. También en los países del «common law» el derecho consuetudinario queda reorganizado bajo la influencia del derecho romano por el influjo ejercido por juristas de formación académica; en ese proceso el derecho queda sucesivamente adaptado a las condiciones del tráfico de la economía capitalista emergente y al poder burocrático de los Estados territoriales que entonces nacen. De este complicado proceso, rico en variantes y difícil de abarcar, voy a limitarme a un punto de especial importancia en

el contexto de nuestras consideraciones relativas a filosofía del derecho. Lo que esa positivación del derecho filosóficamente significa puede entenderse mejor sobre el trasfondo de la estructura trimembre del sistema jurídico medieval, que entonces se derrumba.

Desde una cierta distancia cabe todavía reconocer en nuestras propias tradiciones jurídicas correspondencias con aquellos tres elementos, que de acuerdo con algunos planteamientos de sociología jurídica comparada, habrían conformado la cultura jurídica de las viejas civilizaciones[1]. El sistema jurídico se ve coronado en estas culturas premodernas por un derecho sacro que se encargan de administrar e interpretar en cada caso especialistas en teología y en derecho. La pieza nuclear de ese sistema jurídico la constituye el derecho burocrático, «puesto» por el rey o emperador (quien es al mismo tiempo juez supremo) en concordancia con aquellas tradiciones de derecho sacro. Y ambos tipos de derecho se encargan de dar forma a un derecho consuetudinario, por lo general no escrito, que en última instancia proviene de las tradiciones jurídicas de cada etnia. En el Medievo europeo las cosas eran algo distintas, por cuanto que el Derecho Canónico de la Iglesia católica significó el mantenimiento ininterrumpido de la elevada técnica jurídica y conceptual del Derecho Romano *clásico*, mientras que el derecho burocrático de los edictos y leyes imperiales, incluso antes del redescubrimiento del *Corpus Iustinianum*, a lo menos conectaban con la idea de *Imperium Romanum*. Incluso el derecho consuetudinario se debía a la cultura jurídica mixta romano-germánica de las provincias occidentales del imperio y desde el siglo XII fue objeto de transmisión escrita. Pero en los rasgos esenciales se repite la estructura que nos es conocida por todas las culturas superiores: la ramificación en derecho sacro y derecho profano, quedando el derecho sacro integrado en el horizonte de una de las grandes religiones universales, que se refieren al orden del cosmos o a una historia de la salvación. Este derecho divino o natural no está a disposición del príncipe, sino que representa más bien el marco legitimador dentro del cual el príncipe, a través de sus funciones de administración de justicia y de «posición» (creación) burocrática del derecho, ejerce su dominio profano. En este contexto habla Max Weber del «doble reino de la dominación tradicional»[2].

---

[1] R. M. Unger, *Law and Society* (Nueva York, 1976).

[2] Cfr. sobre este tema, W. Schluchter, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, Tubinga, 1980.

También en el Medievo se conserva este carácter tradicional del derecho. Todo derecho recibe su modo de validez del origen divino de un derecho natural interpretado en términos cristianos. No puede crearse nuevo derecho si no es en nombre de la reforma o restauración del buen derecho antiguo. Pero esta vinculación a la comprensión tradicional del derecho contiene ya una interesante tensión, que se da entre los dos elementos del derecho del príncipe. Como juez supremo, el príncipe está sometido al derecho sacro. Pues sólo así puede transmitirse la legitimidad de ese derecho al poder profano. De este respeto transido de «pietas» ante un orden jurídico intangible recibe su legitimación el ejercicio del poder político. Pero al mismo tiempo, el príncipe, que está situado en la cúspide de una administración organizada por cargos, hace también uso del derecho como un medio que otorga a sus mandatos, por ejemplo en forma de edictos, un carácter obligatorio para todos. Por este lado, el derecho como medio del ejercicio del poder burocrático, sólo puede cumplir, empero, funciones de orden, mientras mantenga, por el otro, en forma de tradiciones jurídicas sacras, su carácter no instrumental, ese carácter que lo sitúa por encima del príncipe y que éste ha de respetar en su jurisprudencia. Entre esos dos momentos, el del carácter no instrumental del derecho que se presupone en la regulación judicial de los conflictos, y el carácter instrumental del derecho puesto al servicio de un determinado orden político, se da una indisoluble tensión. Esa tensión permanece oculta mientras no se ataque a los fundamentos sacros del derecho, y el pedestal que representa el derecho consuetudinario consagrado por la tradición se mantenga firmemente anclado en la práctica cotidiana[3].

2. Pues bien, si se parte de que en las sociedades modernas cada vez pueden cumplirse menos estas dos condiciones, puede uno explicarse la positivación del derecho como una reacción a tales cambios[4]. A medida que las imágenes religiosas del mundo se disuelven en convicciones últimas de tipo subjetivo y privado y las tradiciones de derecho consuetudinario quedan absorbidas por el derecho de especialistas, que hacen un *usus modernus* de él, queda rota la estructura trimembre del sistema jurídico. El

[3] Cfr. Schlosser, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg, 1982.

[4] Este aspecto interno es pasado por alto por la interpretación funcionalista de este proceso de positivación; cfr. N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Opladen, 1983.

derecho se reduce a una sola dimensión y sólo ocupa ya el lugar que hasta entonces había ocupado el derecho burocrático. El poder político del príncipe se emancipa de la vinculación al derecho sacro y se torna soberano. A él le compete la tarea de llenar por su propia fuerza, por medio de una legislación política, los huecos que deja tras de sí ese derecho natural administrado por teólogos. En adelante todo derecho tiene su fuente en la voluntad soberana del legislador político. Legislación, ejecución y aplicación de las leyes se convierten en tres momentos dentro de un proceso circular único, gobernado políticamente; y lo siguen siendo, aun después de diferenciarse institucionalmente en poderes del Estado.

Con ello cambia la relación que guardaban entre sí aquellos dos momentos que eran el carácter sacro del derecho, por un lado, y la instrumentalidad del derecho, por otro. Cuando se han diferenciado suficientemente los papeles, y en ello radica el significado de la división de poderes, las leyes anteceden a la jurisprudencia. Pero, ¿puede un derecho político, que es susceptible de cambiarse a voluntad, irradiar todavía ese tipo de autoridad que irradiaba antaño el derecho sacro?, ¿mantiene el derecho positivo todavía un carácter obligatorio, cuando ya no puede recibir su autoridad de un derecho previo y superior, como sucedía antaño con el derecho burocrático en el sistema jurídico tradicional? A estas preguntas el positivismo jurídico ha dado siempre respuestas afirmativas[5]. En una variante, el derecho queda privado de su carácter normativo en general y queda definido exclusivamente en términos instrumentales: el derecho se considera exclusivamente como mandato de un soberano (Austin). Con ello desaparece aquel primer momento del derecho tradicional como un residuo metafísico. La otra variante del positivismo jurídico se atiene a la premisa de que el derecho sólo puede cumplir su función nuclear de regulación judicial de los conflictos mientras las leyes que se aplican mantengan un momento de aquella incondicionalidad que tenían antaño. Pero este momento sólo puede radicar ya en la forma del derecho positivo, no en contenidos recibidos del derecho natural (Kelsen). Desde este punto de vista, el sistema jurídico, separado de la política y de la moral, con la jurisprudencia o administración de justicia como núcleo institucional, es el único lugar que queda, en que el derecho puede mantener su forma por su propia fuerza y con ello su autonomía. En ambos casos el resultado es que de

[5] N. Hörster, *Recht und Moral*, Gotinga, 1972.

la garantía metasocial de validez jurídica que antaño había representado el derecho sacro, puede prescindirse sin necesidad de buscarle sustituto.

Pero los orígenes históricos, tanto del derecho tradicional como del derecho moderno, hablan contra esta tesis. Pues el derecho antecede al nacimiento del dominio políticamente organizado, es decir, del dominio estatalmente organizado, mientras que el derecho sancionado estatalmente o el poder estatal organizado jurídicamente, surgen simultáneamente en forma de dominación política[6]. Según todas las apariencias, es la evolución arcaica del derecho la que empieza posibilitando la aparición de un poder político, en la que el poder estatal y el derecho estatal se constituyen recíprocamente. En esta constelación es difícil imaginar que alguna vez el derecho pudiera ser absorbido totalmente por la política o quedar escindido por completo del sistema político. Además, puede mostrarse que determinadas estructuras de la conciencia moral jugaron un papel importante en la aparición de la simbiosis entre derecho y poder estatal. Un papel similar juega la conciencia moral en el tránsito del derecho tradicional al derecho positivo profano, asegurado por el monopolio estatal del poder y puesto a disposición del legislador político. Aquel momento de incondicionalidad que incluso en el derecho moderno constituye un contrapeso a la instrumentalización política del medio que es el derecho, se debe al entrelazamiento de la política y el derecho con la moral.

3. Esta constelación se establece por primera vez con la simbiosis entre derecho y poder estatal. En las sociedades tribales[7] neolíticas operan típicamente tres mecanismos de regulación de los conflictos internos: las prácticas de autoauxilio (alianzas y venganzas de sangre), la apelación ritual a poderes mágicos (oráculos y duelos rituales) y la mediación arbitral como equivalente pacífico de la violencia y la magia. Pero tales mediadores carecen todavía de la competencia de decidir las disputas de las partes de forma vinculante y dotada de autoridad o de imponer sus decisiones incluso contra el juicio de las lealtades dictadas por el sistema de parentesco. Junto con esta característica de urgibilidad, se echan también en falta los tribunales de justicia y los procesos y procedimientos judiciales. Además, el derecho permanece todavía estrechamente hermanado con la costumbre

[6] Sobre lo que sigue, cfr. U. Wesel, *Frühformen des Rechts*, Frankfurt, (1984).

[7] Cfr. U Wesler, *loc. cit.*, págs. 329 y ss.

y las representaciones religiosas, de suerte que apenas puede distinguirse entre fenómenos genuinamente jurídicos y otros fenómenos. La concepción de la justicia subyacente a todas las formas de regulación de los conflictos está entretejida con la interpretación mítica del mundo. La venganza, la represalia, la compensación sirven al restablecimiento de un orden perturbado. Este orden, construido de simetrías y reciprocidades, se extiende por igual tanto a las personas particulares y a los grupos de parentesco, como a la naturaleza y a la sociedad en conjunto. La gravedad de un delito se mide por las consecuencias del hecho, no por las intenciones del agente. Una sanción tiene el sentido de una compensación por el perjuicio surgido, no del castigo de un malhechor que se ha hecho culpable de la transgresión de una norma.

Estas ideas concretistas de justicia no permiten todavía una separación entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho. En los procedimientos jurídicos arcaicos confluyen juicios normativos, ponderación inteligente de intereses y afirmaciones relativas a hechos. Faltan conceptos como el de responsabilidad o imputabilidad y culpa. No se distingue entre propósito o intención y comportamiento descuidado. Lo que cuenta es el daño objetivamente causado. No existe separación entre derecho civil y derecho penal. Todas las transgresiones jurídicas son, en cierto modo, delitos que exigen se compensen los daños. Tales distinciones sólo resultan posibles cuando surge un nuevo concepto que revoluciona el mundo de representaciones morales. Me refiero al concepto de norma jurídica independiente de la situación, de una norma jurídica que está por encima tanto de las partes litigantes, como del juez imparcial, es decir, de una norma jurídica previa y que se considere vinculante para todos. En torno a este núcleo cristaliza lo que L. Kohlberg llama conciencia moral «convencional». Sin tal concepto de norma el juez sólo puede tratar de convencer a las partes de que lleguen a un compromiso. Para ello puede valerse del influjo que ejerce su prestigio personal, del influjo que ejerce su *status*, que puede deberse a la riqueza o a la edad. Pero le falta poder político. No puede apelar todavía a la autoridad de una ley que de forma impersonal obligue a todos ni a la conciencia moral de los implicados[8].

Propongo el siguiente experimento mental: supongamos que antes de que haya surgido algo así como una autoridad estatal se

[8] L. Posipil, *Anthropologie des Rechts. Recht und Gesellschaft in archaischen und modernen Kulturen*, Munich, 1982.

desarrollan ideas jurídicas y morales convencionales (en el sentido de Kohlberg). Entonces un jefe, a la hora (por ejemplo) de resolver un conflicto, puede apoyarse ya en el carácter vinculante de normas jurídicas reconocidas, pero al carácter moralmente vinculante de su juicio no puede añadirle todavía el carácter fácticamente coercitivo de un potencial de sanción estatal. Y, sin embargo, su papel de jefe, que hasta ese momento descansaba sobre su influjo y prestigio fácticos, puede sufrir un cambio importante. Tres secuencias son importantes en este escenario. Tal jefe, en tanto que protector de normas intersubjetivamente reconocidas, participará, en primer lugar, del aura del derecho que él administra. La autoridad normativa del derecho se transmitiría de la competencia de juez al poder de mando del jefe, poder de mando ligado a la competencia de juez por vía de identidad personal. El poder fáctico del influyente se transformaría entonces gradualmente en el poder dotado de autoridad normativa de alguien que puede dar órdenes y tomar decisiones colectivamente vinculantes. Pero para entonces se habría transformado también, en segundo lugar, la cualidad de las decisiones judiciales. Tras las normas jurídicas moralmente obligatorias, no estaría ya sólo la presión que en la vida cotidiana de una tribu se ejerce sobre los individuos para que se conformen a las normas, o el poder fáctico de una persona prominente, sino la sanción con que amenaza un príncipe dotado de poder político legítimo. Habría surgido así el modo de validez ambivalente que caracteriza al Derecho estatal, un modo de validez en que se funden reconocimiento y coerción. Pero con ello, y en tercer lugar, el poder político se habría hecho con un medio con cuya ayuda puede crear una organización de cargos y ejercer burocráticamente ese poder. Como medio de organización, el derecho recibe entonces, junto a su aspecto de incondicionalidad de derecho objetivo, también un aspecto instrumental.

Si bien estas consideraciones tienen también un contenido empírico[9], lo que ante todo me importa es la aclaración de relaciones conceptuales. Sólo en las imágenes del mundo que se van haciendo cada vez más complejas se forma una conciencia moral de nivel convencional (siempre en el sentido de L. Kohlberg); sólo una conciencia ligada a normas ancladas en la tradición y moralmente obligatorias hace posible la transformación del poder fáctico en un poder normativo; sólo cuando se dispone de

[9] K. Eder, *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*, Frankfurt, 1976; J. Habermas, *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, Frankfurt, 1976.

poder legítimo es posible imponer políticamente normas jurídicas; sólo el derecho coercitivo puede utilizarse para la organización del poder estatal; si se analiza en detalle este entrelazamiento de moral inserta en una imagen religiosa del mundo, poder jurídicamente legitimado y administración estatal organizada en forma jurídica, resulta clara la insostenibilidad de los dos conceptos positivistas de Derecho, a los que me he referido anteriormente.

4. La reducción de las normas jurídicas a mandatos de un legislador político implica que el derecho se disuelve, por así decirlo, en política. Pero con ello se descompone el concepto mismo de lo político. Pues, bajo tal premisa, la dominación política ya no puede entenderse como poder legitimado jurídicamente. Pues un derecho que queda totalmente al servicio del sistema político pierde su fuerza legitimante. En cuanto la legitimación se entiende como operación propia del sistema político, estamos abandonando *nuestros* conceptos de derecho y política. La misma consecuencia se sigue de la otra idea de que el derecho positivo podría mantener su autonomía por sus propias fuerzas, mediante las operaciones dogmáticas de un sistema judicial fiel a la ley, autonomizado frente a la política y a la moral. En cuanto la validez jurídica pierde toda relación moral (y, por tanto, toda relación que vaya más allá de la decisión del legislador) con los aspectos de justicia, se torna difusa la identidad del derecho mismo. Pues se pierden entonces los puntos de vista legitimadores bajo los que el sistema jurídico pudiera verse obligado a mantener una determinada estructura.

Si damos por sentado que las sociedades modernas no pueden renunciar al derecho (ni con el pseudónimo de «derecho» pueden sustituirlo por otro equivalente funcional, es decir, por una práctica de tipo completamente distinta) la positivación del derecho plantea un problema, incluso ya por razones conceptuales. Pues al derecho sacro desencantado -ya un derecho consuetudinario vaciado, que ha perdido su sustancia- hay que buscarle un equivalente que permita al derecho positivo mantener un momento de incondicionalidad. Se trata del equivalente que en el mundo moderno se desarrolló primero en forma de Derecho Natural Racional, el cual no sólo fue importante para la filosofía del derecho, sino que, en lo que a dogmática jurídica se refiere, tuvo una importancia directa para las grandes codificaciones y para la práctica judicial de desarrollo del derecho[10].

[10] F. *Wiaker, Privatrechsgeschichte der Neuzeit*, Gotinga, 1969, 249 ss.

En este contexto quisiera llamar la atención sobre dos puntos: *a)* en el Derecho Natural Racional se articula una etapa nueva, postradicional, de la conciencia moral, que liga el derecho moderno a principios y lo asienta sobre el terreno de una racionalidad procedimental; *b)* Unas veces fue la positivación del derecho como tal y otras la necesidad de fundamentación nacida de esa positivación lo que pasó a primer plano como fenómeno necesitado de explicación; correspondientemente, las teorías del contrato social se desarrollaron en direcciones opuestas. Pero en ninguno de los dos casos lograron establecer una relación plausible entre los momentos de incondicionalidad e instrumentalidad, que caracterizan al derecho.

Ad a) El Derecho Natural Racional reacciona al hundimiento del derecho natural basado en la religión y en la metafísica y a la «desmoralización» de una política interpretada crecientemente en términos naturalistas y guiada por intereses de autoafirmación. En cuanto el Estado monopolizador de la violencia, logra, en su papel de legislador soberano, convertirse en fuente exclusiva del derecho, este derecho rebajado a medio de organización corre el riesgo de perder toda relación con la justicia y con ello su genuino carácter de derecho. Con la positividad de un derecho que se vuelve dependiente del soberano estatal, no desaparece la problemática de la fundamentación, sino que no hace más que desplazarse hacia la base ahora mucho más estrecha que representa una ética profana, de tipo postmetafísico y desligada de las imágenes religiosas del mundo.

La figura más básica del derecho privado burgués es el contrato. La autonomía del contrato capacita a las personas jurídicas privadas para generar derechos subjetivos. Pues bien, en la idea del contrato social, esa figura de pensamiento es objeto de una interesante interpretación, para justificar moralmente el poder ejercido en forma de derecho positivo, para justificar moralmente la «dominación legal-racional» (en el sentido de Weber). Un contrato que cada individuo autónomo concluye con todos los demás individuos autónomos sólo puede tener por contenido algo que razonablemente redunde en el bien de cada uno. Por esta vía sólo resultan aceptables aquellas regulaciones que puedan contar con el asentimiento no forzado de todos. Esta idea básica delata que la razón del derecho natural moderno es esencialmente razón práctica, la razón de una moral autónoma. Esta exige que distingamos entre normas y principios y procedimientos justificatorios, procedimientos conforme a los cuales podamos examinar si las normas, a la luz de principios válidos, pueden contar con el asentimiento de todos.

Con la idea de contrato social, al ponerse en juego tal procedimiento para la justificación de los órdenes políticos organizados jurídicamente, el derecho positivo queda sometido a principios morales. Desde la perspectiva de una lógica evolutiva (en el sentido de Piaget) resulta obvia la hipótesis de que en el tránsito a la modernidad es de nuevo un cambio de la conciencia moral el que marca la pauta a la evolución del derecho.

Ad b) El Derecho Natural Racional aparece en versiones distintas. Autores como Hobbes se sienten más bien fascinados por el fenómeno de que el derecho puede cambiarse a voluntad; autores como Kant se sienten fascinados por el *déficit* de fundamentación de ese nuevo derecho que se ha vuelto positivo. Como es sabido, Hobbes desarrolla su teoría bajo premisas que privan tanto al derecho positivo como al poder político de todas sus connotaciones morales; el derecho establecido por el soberano ha de arreglárselas sin un equivalente racional del derecho sacro desencantado. Pero, naturalmente, al desarrollar una teoría que no hace sino ofrecer a sus destinatarios un equivalente racional de aquel derecho sacro, Hobbes se ve envuelto en una contradicción realizativa (en el sentido que da a esta expresión K.-O. Apel). El contenido manifiesto de su teoría, que explica cómo el derecho totalmente positivado funciona de forma ajena a toda moral, cae en contradicción con el papel *pragmático* de la misma teoría, que trata de explicar a sus lectores por qué podrían tener buenas razones como ciudadanos libres e iguales para decidir someterse a un poder estatal absoluto.

Kant hace después explícitos los supuestos normativos que la teoría de Hobbes lleva implícitos y desarrolla desde el principio su teoría del derecho en el marco de la teoría moral. El principio general del derecho, que objetivamente subyace a toda legislación, resulta para Kant del imperativo categórico. De este principio supremo de la legislación se sigue a su vez el derecho subjetivo originario de cada uno a exigir de todos los demás miembros del sistema jurídico el respeto a su libertad en la medida en que esa libertad se pueda poner en concordancia con la igual libertad de todos conforme a leyes generales.

Mientras que para Hobbes el derecho positivo es, en última instancia, un medio de organización del poder político, para Kant cobra un carácter esencialmente moral. Pero tampoco en estas versiones más maduras logra el Derecho Natural Racional resolver la tarea que él mismo se propone de explicar racionalmente las condiciones de legitimidad de la dominación legal. Hobbes sacrifica la incondicionalidad del derecho a su positividad, en Kant el derecho natural o moral, deducido a *priori* de la

razón práctica, cobra tal predominio, que el derecho amenaza con disolverse en moral: el derecho queda rebajado a un modo deficiente de moral.

Kant inserta de tal suerte el momento de incondicionalidad en los fundamentos morales del derecho, que el derecho positivo queda subsumido bajo el Derecho Natural Racional. En ese derecho, integralmente prejuzgado por el Derecho Natural Racional, no queda espacio alguno para el aspecto instrumental del derecho, del que el legislador político ha de servirse en las tareas de dirección que le competen. Tras hundirse el baldaquino del derecho natural cristiano, no quedan sino las columnas que representan una política interpretada en términos naturalistas, por un lado, y un derecho sustentado por el poder de decisión política, por otro. Kant reconstruye el edificio destruido procediendo a una simple sustitución: el Derecho Natural Racional, fundamentado en términos autónomos, es el encargado de ocupar el puesto vacante que había dejado el derecho natural de tipo religioso y metafísico. Con ello, en comparación con la estructura trimembre del derecho tradicional, cambia ciertamente la función mediadora de la jurisprudencia o administración de justicia, que había transmitido la legitimación sacra al príncipe y a su dominación burocrática; ahora la jurisprudencia queda por debajo del legislador político y se limita a administrar los programas de éste. Pero ahora, los poderes del Estado, en sí diferenciados, quedan bajo la sombra de una *res publica noumenon* deducida a partir de la *Razón*, que debe encontrar en la *res publica phainomenon* una reproducción lo más fiel posible. La positivación del derecho, en tanto que realización de principios del Derecho Natural Racional, queda sometida a los imperativos de la razón. Pero si la política y el derecho pasan a desempeñar el papel subordinado de órganos ejecutores de las leyes de la razón práctica, la política pierde su competencia legisladora y el derecho su positividad. De ahí que Kant tenga que recurrir a las premisas metafísicas de su doctrina de los «dos reinos» para distinguir entre sí, de forma altamente contradictoria, legalidad y moralidad[11].

II. *La sustitución del Derecho Natural Racional por la idea de Estado de Derecho*

1. El Derecho Natural Racional no sólo se abandonó por razones filosóficas. La situación que ese derecho trataba de interpretar

[11] W. Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit*, Berlín, 1984, 16 ss.

se hizo tan compleja que le resultó inabarcable. Muy pronto quedó claro que la dinámica de una sociedad integrada a través de mercados ya no podía quedar captada en los conceptos normativos del derecho ni mucho menos podía deternérsela en el marco de un sistema jurídico proyectado a *priori*. Toda tentativa de deducir de principios supremos, de una vez por todas, los fundamentos del derecho privado y del derecho público, tenía que fracasar ante la complejidad de la sociedad y de la historia. Las teorías del contrato social -y no solamente las idealistas entre ellas- estaban planteadas en términos demasiado abstractos. No habían reflexionado sobre los supuestos sociales de su *individualismo posesivo*. No se habían confesado a sí mismas que las instituciones básicas del derecho privado, que son la propiedad y el contrato, así como los derechos subjetivo-públicos de protección frente al Estado democrático sólo podían prometer justicia bajo las condiciones de una ficticia economía de pequeños propietarios. Simultáneamente, las teorías del contrato social -y no solamente las que procedían en términos aprióricos- estaban planteadas en términos demasiado concretistas. No se habían percatado de la alta movilidad de la situación social y habían subestimado la presión adaptativa que ejerce el crecimiento capitalista y en general la modernización social.

En Alemania el contenido moral del derecho natural quedó separado de la teoría del derecho y fue primero proseguido por las vías paralelas que representan la dogmática del derecho privado y la idea de Estado de Derecho, para quedar después vaciado en términos positivistas en el curso del siglo XIX. Desde el punto de vista de la ciencia jurídica el derecho se agotaba en lo esencial en el código civil administrado por juristas. Aquí, en el sistema del derecho privado mismo, no por parte de un legislador democrático, habían de quedar asegurados los contenidos morales del derecho[12]. F. C. von Savigny, que construyó la totalidad del derecho privado como un edificio de derechos subjetivos, opinaba, siguiendo a Kant, que la forma del derecho subjetivo es en sí misma moral. Los derechos subjetivos generales delimitan ámbitos de autonomía privada y garantizan la libertad individual por vía de facultades individuales. La moralidad del derecho consiste en que «a la voluntad individual se le señala un ámbito en el que puede dominar con independencia de toda voluntad extraña»[13]. Pero con el desarrollo fáctico del derecho

[12] H. Coing, «Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert», en: J. Blühdorn/ J. Ritter (eds.), *Recht und Freiheit*, Frankfurt, 1970, 11 ss.

[13] F. C. von Savigny, *System des heutigen Römisches Rechts*, I (1940), 333.

quedó claro que los derechos subjetivos son algo secundario frente al derecho objetivo y que ni siquiera son capaces de ofrecer la base conceptual para el sistema del derecho privado. El concepto de derecho subjetivo es objeto entonces de una reinterpretación positivista y queda purificado de todas sus asociaciones normativas. Según la definición de B. Windscheid los derechos subjetivos se limitan a transformar los mandatos del orden jurídico objetivo en facultades de sujetos jurídicos individuales.

Una evolución paralela puede constatarse en la evolución de la idea de Estado de Derecho, que Kant, notémoslo bien, sólo había introducido bajo reservas hipotéticas. Los teóricos alemanes del siglo XIX están interesados ante todo en domesticar en términos constitucionales el poder administrativo de los monarcas. Möhl y Welker todavía defienden en el *Vormärz* que las leyes abstractas y generales son el medio apropiado para fomentar por igual en todos los ciudadanos «el desarrollo más multilateral posible, y racional, de todas las fuerzas espirituales y corporales»[14]. Pero tras la fundación del Reich, Gerber y Laband desarrollan ya la teoría de la ley, como mandato del soberano, de una instancia legisladora no ligada en lo que a contenidos se refiere. Es este concepto positivista de ley el que, finalmente, los constitucionalistas progresistas de la República de Weimar, tales como Heller, suponen al legislador parlamentario: «En el Estado de Derecho se llaman leyes, sólo las normas jurídicas dictadas por la asamblea legislativa y todas las normas jurídicas dictadas por la asamblea legislativa»[15].

Me he detenido a recordar este desarrollo, que no es un desarrollo del que pueda decirse que sea típicamente alemán, porque en él la erosión que experimenta ese concepto de ley moralizado en términos de Derecho Natural Racional, puede explicarse desde la doble perspectiva del especialista en dogmática jurídica y del juez, por un lado, y del legislador, poco a poco parlamentarizado, por otro. En los países anglosajones, en que la idea de Estado de Derecho se desarrolló desde el principio como «rule of law» en consonancia con los desarrollos democráticos, el proceso judicial equitativo (*fair and due process*) fue el modelo de interpretación unitaria que se aplicó a la legislación a la vez que a la jurisprudencia o administración de justicia. En Alemania, la destrucción positivista del Derecho Natural Racional se efectuó por dos caminos separados. Ciertamente que tanto

---

[14] Cfr. I. Mauss, «Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtstaat», en: M. Tohidipur (ed.), *Der bürgerliche Rechtstaat*, I, Frankfurt, 1978, 13 ss.

[15] H. Heller, *Ges. Schriften*, II, Leiden, 1971, 226.

en la dogmática del derecho privado como en la teoría del derecho constitucional queda desmentida la construcción de Kant, conforme a la cual política y derecho quedaban sometidos a los imperativos morales del Derecho Natural Racional -pero ello por una doble vía, a saber: desde el punto de vista del sistema judicial, por un lado, y desde el punto de vista del legislador político, por otro. De ahí que a aquellos que, tras el hundimiento de la construcción que representó el Derecho Natural Racional, tampoco quedaron muy convencidos por la alternativa que representaba el positivismo jurídico, el *mismo* problema se les presentará de forma distinta por ambos lados.

Al problema se le puede dar en términos generales la siguiente versión. Por un lado, los fundamentos morales del derecho positivo no pueden explicarse en forma de un Derecho Natural Racional superior. Por otro lado, tampoco se los puede liquidar sin sustituirlos, so pena de privar al derecho de ese momento de incondicionalidad del que esencialmente necesita. Pero entonces hay que mostrar cómo en el interior del derecho positivo mismo puede estabilizarse el punto de vista moral de una formación imparcial del juicio y de la voluntad. Para satisfacer esta exigencia no basta con que determinados principios morales del Derecho Natural Racional queden positivados como contenidos del derecho constitucional. Pues de lo que se trata es precisamente de la contingencia de los contenidos de un derecho que puede cambiarse a voluntad. La moralidad integrada en el derecho positivo ha de tener más bien la fuerza trascendendora de un procedimiento que se regula a sí mismo, que controla su propia racionalidad.

2. Bajo la presión de este problema, aquellos sucesores de Savigny que no querían darse por contentos con la interpretación positivista de los derechos subjetivos trataron de convertir al derecho científico de los juristas en fuente de legitimación. Savigny, en su teoría de las fuentes del derecho, había asignado aun a la justicia y a la dogmática jurídica, la tarea todavía modesta y derivada de «poner en forma científica ante la conciencia, y de exponer, el derecho positivo procedente de la costumbre y la legislación»[16]. En cambio, G. F. Puchta sostiene a fines de siglo la idea de que la producción del derecho no ha de ser sólo asunto del legislador político, pues de otro modo el Estado no se fundaría en «derecho», es decir, no podría ser Estado de Derecho. Antes bien, compete a la justicia, yendo más allá del derecho vigente, la tarea productiva de una prosecución y complementación

[16] F. C. von Savigny, *Allgemeine Natur der Rechtsquellen* (1840), 44.

constructivas del derecho vigente, dirigidas por principios[17]. Este derecho de los jueces habría de obtener del método científico de fundamentación, es decir, de los argumentos de una jurisprudencia que procede científicamente, esa autoridad independiente que Puchta quiere atribuirle. Ya Puchta ofrece un punto de apoyo para una teoría, que, desde la perspectiva de la jurisprudencia, hace derivar de una racionalidad procedimental inserta en el propio discurso jurídico los fundamentos legitimadores de la legalidad.

Desde la perspectiva del legislador, resulta obvia una interpretación análoga, aun cuando la discusión parlamentaria se enderece directamente a la formación de compromisos y no, como el discurso jurídico, a una fundamentación científicamente disciplinada de los juicios. También por este lado se planteó para aquellos que no podían conformarse con el positivismo democrático de la ley la cuestión de sobre la base de qué razones pueden pretender legitimidad las leyes producidas por mayorías parlamentarias. Ya Kant, siguiendo el concepto de autonomía de Rousseau, había dado un primer paso para destacar en el procedimiento de la legislación democrática misma el punto de vista moral de la imparcialidad. Como es sabido, Kant convierte en piedra de toque de la juridicidad de cada ley pública el criterio de si podría haber surgido de la «voluntad unida de un pueblo»[18]. Ciertamente que el propio Kant contribuyó a que en seguida se confundieran dos significados diversos de «universalidad» o «generalidad» de la ley: la generalidad o universalidad semántica de la ley abstractamente general vino a sustituir a aquella generalidad procedimental que caracteriza a la ley producida democráticamente como expresión de «la voluntad unida del pueblo».

En Alemania, en donde la discusión sobre teoría de la democracia sólo revivió en los años veinte de este siglo, esta confusión tuvo dos desafortunadas consecuencias. Por un lado, se pasó por alto el prolijo *onus probandi*, que asume una teoría de la democracia, planteada en términos procedimentales, *onus probandi* que aún hoy está por desempeñar. En primer lugar habría que mostrar en términos de teoría de la argumentación cómo en la formación de la voluntad parlamentaria del legislador se compenetran discursos relativos a objetivos políticos y discursos relativos a fundamentaciones morales con el control jurídico de las normas. En segundo lugar, habría que aclarar en qué se distingue

[17] G. H. Puchta, *Vom Recht* (1841), 52 ss.

[18] I. Kant, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*.

un acuerdo alcanzado argumentativamente de un compromiso negociado y cómo el punto de vista moral se hace valer a su vez en las condiciones que han de cumplir los compromisos para poder ser considerados «fair». Y en tercer lugar, y sobre todo, habría que reconstruir cómo habrían de institucionalizarse por vía de procedimientos jurídicos la imparcialidad de las decisiones del legislativo -empezando por la regla de la mayoría, pasando por las reglas que rigen las discusiones parlamentarias, hasta el derecho electoral y, la formación de la opinión pública en el espacio público político. Este análisis habría de dejarse guiar por un modelo que expusiese la conexión que se da entre los presupuestos necesarios de la comunicación, relativos a la formación discursiva de las decisiones colectivas, y una negociación de intereses que pueda considerarse «fair». Sólo sobre este trasfondo podría analizarse críticamente el sentido normativo y la práctica efectiva de tales procedimientos[19].

Pero además esa confusión de generalidad procedimental y generalidad semántica de las leyes dictadas por el parlamento tuvo como consecuencia que se pasara por alto la problemática autónoma de la aplicación del Derecho. Aun cuando la racionalidad procedimental (una racionalidad plena de contenidos morales) del legislativo quedara suficientemente asegurada institucionalmente, las leyes (se trate o no del derecho regulador que caracteriza al Estado Social) no tienen nunca una forma semántica tal que de ella resulte una determinación que sólo deje al juez una aplicación algorítmica. Como demuestra la hermenéutica filosófica[20], las operaciones interpretativas en la aplicación de las reglas comportan siempre operaciones constructivas que desarrollan el Derecho. De ahí que el problema de la racionalidad procedimental se plantee de nuevo de forma distinta para la práctica de las decisiones judiciales y para la dogmática jurídica.

En los procedimientos legislativos, esta moralidad emigrada al Derecho positivo puede imponerse por vía de que los discursos sobre objetivos políticos queden sometidos a las restricciones del principio de que sean susceptibles de asentimiento general, es decir, a las restricciones del punto de vista moral que hemos de respetar cuando se trata de *fundamentar* normas. Pero en una *aplicación* de normas, que resulte sensible al contexto, la imparcialidad del juicio no queda ya asegurada porque nos preguntemos

[19] U. Neumann, *Juristiche Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986, 70 ss.

[20] J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1972.

qué es lo que todos podrían querer, sino preguntándonos si se han tenido adecuadamente en cuenta todos los aspectos relevantes de una situación dada. Antes de poder decidir qué normas, que a veces pueden colisionar entre sí y por tanto han de jerarquizarse a la luz de principios, han de aplicarse a un caso, hay que aclarar si la descripción de la situación es adecuada y completa en lo tocante a los intereses afectados. Como ha demostrado Klaus Günther[21], en los contextos de fundamentación de normas la razón práctica se hace valer examinando si los intereses son *susceptibles de universalización*, y en los contextos de aplicación de normas, examinando si se han tenido en cuenta de forma *adecuada* y *completa* todos los contextos relevantes a la luz de reglas que pueden colisionar entre sí. Y esto es lo que han de materializar los procedimientos jurídicos que hayan de institucionalizar la imparcialidad de la administración de justicia.

3. A lo que apunto con estas consideraciones es a la idea de un Estado de Derecho, con división de poderes, que extrae su legitimidad de una racionalidad que garantice la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales. Con ello no se habría obtenido otra cosa que un estándar crítico para el análisis de la realidad constitucional. Y sin embargo, esa idea no se limita a oponerse abstractamente (en un impotente deber-ser) a una realidad que tan poco corresponde a ella. Antes bien, la racionalidad procedimental, emigrada ya parcialmente al derecho positivo constituye (tras el hundimiento del Derecho Natural Racional) la única dimensión que queda en que puede asegurarse al derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída a ataques contingentes.

III. *La racionalidad de los procedimientos institucionalizados jurídicamente: cuestiones preliminares*

1. Para que en sociedades de nuestro tipo pueda ser posible una legitimidad mediante legalidad, la fe en la legalidad, que va no puede contar con las certezas colectivas que antaño habían proporcionado la religión y la metafísica, tiene que apoyarse en cierto sentido en la «racionalidad» del derecho. Pero tampoco se ha confirmado la suposición de Max Weber de que la base de la fuerza legitimadora de la legalidad es una racionalidad autónoma,

[21] K. Günther, «Das Prinzip der Unparteilichkeit und die funktionale Bestimmtheit des Rechts» (Ms 1986).

exenta de moralidad, inmanente al derecho como tal. Una dominación ejercida en las formas del derecho positivo, obligadas siempre a justificarse, debe su legitimidad al contenido moral implícito de las cualidades formales del derecho. Pero el formalismo del derecho no debe pensarse en términos excesivamente concretistas ligados a determinados rasgos semánticos, sino que la fuerza legitimadora la tiene los procedimientos que institucionalizan exigencias y requisitos de fundamentación y justificación y la vía por la que se procede al desempeño argumentativo de tales exigencias y requisitos. La fuente de legitimación no debe buscarse tampoco en una sola dirección. No ha de buscarse sólo en un lugar, sea el legislador político o la administración de justicia. Pues bajo las condiciones de una política ligada a las obligaciones del Estado Social, ni siquiera el legislador democrático más cuidadoso puede ligar a la justicia y a la administración mediante la forma semántica de la ley; pues no es posible prescindir del derecho regulatorio ligado al Estado Social. Acerca del núcleo racional (en sentido práctico-moral) de los procedimientos jurídicos, sólo cabe decidir cuando se analiza cómo a través de la idea de imparcialidad, tanto la fundamentación de las normas como la aplicación de regulaciones vinculantes establecen una conexión constructiva entre el Derecho vigente, los procedimientos legislativos y los procedimientos de aplicación del Derecho. Esta idea de imparcialidad constituye el núcleo de la razón práctica. Si dejamos por el momento a un lado el problema de la *aplicación* imparcial de las normas, la idea de imparcialidad nos aparece desplegada, desde el aspecto sobre todo de *fundamentación* de las normas, en las teorías de la moral y las teorías de la justicia que proponen un procedimiento para poder enjuiciar las cuestiones prácticas desde un punto de vista moral. La racionalidad de tal procedimiento puro, previo a toda institucionalización, se mide viendo si en él el *moral point of view*, queda articulado de forma adecuada.

En la actualidad veo *tres candidatos serios* para tal teoría procedimental de la justicia. Los tres vienen de la tradición kantiana, pero se distinguen por los modelos a que recurren para explicar el procedimiento de toma imparcial de decisiones colectivas[22]. John Rawls sigue partiendo del modelo del contrato social e inserta en la descripción de la «posición original» las restricciones normativas bajo las que el egoísmo racional de las partes libres e iguales acaba conduciendo a la elección de principios

[22] J. Habermas, «Gerechtigkeit und Solidarität», en W. Edelstein G. Nunner (eds.), *Bestimmung der Moral*, Frankfurt, 1986.

normativamente correctos[23]. La «fairness» de los resultados viene asegurada por el procedimiento por el que esos resultados se obtienen. L. Kohlberg utiliza, en vez de eso, el modelo de G. H. Mead de la reciprocidad de perspectivas entrelazadas entre sí. En vez de una «posición original» idealizada, tenemos una asunción ideal de rol *(ideal role-taking)* que exige del sujeto que juzga moralmente ponerse en lugar de todos aquellos que se verían afectados por la entrada en vigor de la norma en cuestión[24]. A mi juicio, ambos modelos tienen la desventaja de que no hacen del todo justicia a la pretensión cognitiva de los juicios morales. En el modelo del contrato nuestras convicciones morales quedan *asimiladas* a decisiones de elección racional, y en el modelo de la «asunción de rol» a ejercicios empáticos de comprensión. De ahí que K.-O. Apel y yo hayamos propuesto entender la argumentación moral misma como el procedimiento adecuado de formación de una voluntad racional. El examen de pretensiones de validez hipotéticas representa tal procedimiento porque quien quiere argumentar seriamente ha de estribar en las suposiciones idealizantes que comporta una forma de comunicación tan exigente como es el discurso práctico. Todo participante en una práctica argumentativa tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieran verse afectados podrían participar como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que puede hacerse es la coerción sin coerciones que ejercen los buenos argumentos[25].

No voy a entrar aquí en las discusiones acerca de teoría moral. En nuestro contexto nos basta constatar que existen candidatos serios para una teoría procedimental de la justicia. Pues sin tal constatación quedaría en el aire mi tesis de que el derecho procedimentalizado y la fundamentación moral de principios remiten el uno al otro. La legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivación del Derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales.

2. Sin embargo, no deben confundirse los límites entre derecho y moral. Los procedimientos que ofrecen las teorías de la

---

[23] J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, 1972.

[24] L. Kohlberg, *The Philosophy of Moral Development*, San Francisco, 1981.

[25] J. Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt, 1983.

justicia para explicar cómo puede entenderse algo desde un punto de vista moral sólo tienen en común con los procedimientos jurídicamente institucionalizados el que la racionalidad del procedimiento ha de garantizar la «validez» de los resultados obtenidos conforme a tales procedimientos. Pero los procedimientos jurídicos cumplen aproximativamente las exigencias de una racionalidad procedimental perfecta porque quedan ligados a criterios institucionales y a criterios independientes, recurriendo a los cuales puede establecerse desde la perspectiva de un no implicado si una decisión se produjo o no conforme a Derecho. El procedimiento que representan los discursos morales, es decir, los discursos no jurídicamente regulados, no cumplen esta condición. Aquí la racionalidad procedimental es imperfecta o incompleta. La cuestión de si se ha enjuiciado algo desde un punto de vista moral es algo que sólo puede decidirse desde la perspectiva de los participantes, pues aquí no hay criterios externos o previos. Ninguno de estos procedimientos puede prescindir de idealizaciones, si bien éstas -como ocurre en el caso de los presupuestos de la práctica de la argumentación- no tienen alternativa alguna, es decir, resultan inevitables en el sentido de una necesidad trascendental débil.

Por otro lado, son precisamente las debilidades de una racionalidad procedimental imperfecta de este tipo las que desde puntos de vista funcionales explican por qué determinadas materias necesitan de una regulación jurídica y no pueden dejarse a reglas morales de corte postradicional. Sea cual fuere el procedimiento conforme al que hemos de juzgar si una norma podría encontrar un asentimiento no coaccionado, es decir, racionalmente motivado, de todos los posibles afectados, tal procedimiento no garantiza ni la infalibilidad, ni la univocidad ni la obtención del resultado en el plazo deseado. Una moral autónoma sólo dispone de procedimientos falibilistas de fundamentación de las normas. Este alto grado de indeterminación cognitiva se ve además reforzado porque una *aplicación* (que resulte sensible al contexto) de reglas sumamente abstractas a situaciones complejas -que hay que describir de la forma más adecuada posible y de la forma más completa posible en lo que se refiere a sus aspectos relevantes- entraña además una incertidumbre estructural adicional[26]. A esta debilidad cognitiva responde una debilidad motivacional. Toda moral postradicional exige un distanciamiento respecto de las evidencias de las formas de vida en

[26] K. Günther, *loc. cit*.

las que aproblemáticamente uno ha crecido. Y tales convicciones morales desconectadas de la eticidad concreta de la vida cotidiana no llevan sin más consigo la fuerza motivacional necesaria que haga también efectivos en la práctica los juicios morales. Cuanto más se interioriza la moral y cuanto más autónoma se vuelve, más se retira al ámbito de lo privado.

De ahí que en todos aquellos ámbitos de acción en que los conflictos, los problemas funcionalmente importantes, y las materias de importancia social exigen tanto una regulación univoca como a plazo fijo, y vinculante, sean las normas jurídicas las encargadas de resolver las inseguridades que se presentarían si todos esos problemas se dejasen a la regulación puramente moral del comportamiento. La complementación de la moral por un derecho coercitivo puede justificarse, pues, moralmente.

K.-O. Apel habla en este contexto del problema de qué puede en definitiva exigirse en el contexto de una ética universalista, que como tal ha de ser por fuerza una ética exigente[27]. Pues, incluso las normas moralmente bien fundadas sólo son exigibles en la medida en que aquéllos que ajusten a ellas su comportamiento puedan esperar que también los otros se comporten de conformidad con esas normas. Pues sólo a condición de una observancia de las normas practicada por todos, cuentan las razones que pueden aducirse para la justificación de tales normas. Pues bien, como de las convicciones morales no cabe esperar que cobren para todos los sujetos una obligatoriedad que en todos los casos las haga efectivas en la práctica, la observancia de tales normas sólo es exigible (si nos situamos en la perspectiva de lo que Weber llamaba una ética de la responsabilidad) si cobran obligatoriedad jurídica.

Rasgos importantes del derecho positivo se tornan comprensibles si entendemos el derecho desde este punto de vista de una compensación de las debilidades de una moral autónoma. Las expectativas de comportamiento jurídicamente institucionalizadas cobran *fuerza vinculante* mediante su acoplamiento con el poder de sanción estatal. Se extienden a aquello que Kant llamaba aspecto externo de la acción; no a los motivos e intenciones, para los que no se puede forzar a nadie. La *administración profesional* del derecho fijado por escrito, público y sistemáticamente configurado, exonera a las personas jurídicas privadas de los costes que se exigen del individuo cuando se trata de la

[27] K. O. Apel. «Kann der postkantische Standpunkt der Moralität noch eimal in subtantielle Sittlichkeit aufgehoben werden?», en: W, Kuhlmann (ed.). *Moralität und Sittlichkeit*, Frankfurt, 1986.

solución moral de los conflictos de acción. Finalmente, el Derecho positivo debe sus *rasgos convencionales* a la circunstancia de que es puesto en vigor por las decisiones de un legislador político y de que, en principio, es cambiable a voluntad.

Esta dependencia del derecho respecto de la política explica también el carácter instrumental del derecho. Mientras que las normas morales son fines en sí, las normas jurídicas son también medios para objetivos políticos. Pues no sólo sirven, como ocurre en el caso de la moral, para la solución imparcial de los conflictos de acción, sino también para la puesta en práctica de programas políticos. Los objetivos colectivos y las medidas políticas que los traducen a la práctica deben su fuerza vinculante a su forma jurídica. En este aspecto, el derecho se sitúa entre la política y la moral; y correspondientemente, como ha mostrado Dworkin, en el discurso jurídico los argumentos relativos a interpretación de las leyes, en el caso de aplicación de éstas, se unen tanto con argumentos relativos a objetivos políticos, como con argumentos relativos a justificaciones morales.

3. La cuestión de la legitimidad de la legalidad ha hecho que en nuestras consideraciones quedara hasta ahora en primer plano el tema «derecho y moral». Hemos aclarado cómo se complementan mutuamente un derecho exteriorizado en términos convencionales (siempre en el sentido que a esta expresión da L. Kohlberg) y una moral interiorizada. Pero más que esta relación de complementariedad nos interesa el simultáneo entrelazamiento de derecho y moral. Este se produce porque en el Estado de Derecho se hace uso del derecho positivo como medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación, que se hallan abiertas en dirección a argumentaciones morales. La moral ya no flota sobre el derecho (como todavía sugiere la construcción del Derecho Natural Racional) como un conjunto suprapositivo de normas. Emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo. Mas esta moralidad que no solamente se enfrenta al derecho, sino que también queda atada al derecho mismo es de naturaleza puramente procedimental. Se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles. Así, un derecho procedimental y una moral procedimentalizada pueden controlarse *mutuamente*. En los discursos jurídicos el tratamiento comunicativo de cuestiones práctico-morales queda, por así decirlo, domesticado por vía de institucionalización jurídica; ese tratamiento viene limitado, en lo que a método se refiere, por la vinculación al derecho vigente; en la

dimensión objetiva viene limitado en lo tocante a temas y cargas de la prueba; en la dimensión social viene limitado en lo tocante a presupuestos de participación y a inmunidades y distribución de papeles; y en la dimensión del tiempo, en lo tocante a plazos de decisión. Pero, a la inversa, también la argumentación moral queda institucionalizada como un procedimiento abierto, que obedece a su propia lógica y controla así su propia racionalidad. La estructuración jurídica no penetra en el interior de la argumentación de modo que ésta quede atascada en los límites del derecho positivo. El derecho mismo deja en franquía y estimula una dinámica de fundamentación y justificación, que también puede llegar a trascender la letra del derecho vigente, de forma no previsible por éste.

Naturalmente, que a esta concepción habría que diferenciarla atendiendo a los diversos contextos que representan los discursos que se producen en las ciencias jurídicas, en los tribunales de justicia por parte de los jueces y por parte de los abogados, o también atendiendo a los diversos ámbitos de temas, desde las cuestiones próximas a la moral hasta cuestiones puramente técnicas. Entonces, la correspondiente práctica de toma de decisiones podría reconstruirse también desde el punto de vista de hasta qué punto los procedimientos jurídicos dejan espacio para la lógica de la argumentación o distorsionan sistemáticamente el juego argumentativo mediante restricciones en que implícitamente se hacen valer coacciones externas. Naturalmente, que tales efectos no solamente se reflejan en las regulaciones relativas a procedimientos jurídicos, sino también en el modo como tales regulaciones se llevan a la práctica. A veces se da una clase especial de argumentos que se presta muy bien a tal reconstrucción; en la práctica de decisiones judiciales es fácil, por ejemplo, someter a ese tipo de reconstrucción las fundamentaciones de las sentencias que ponen entre paréntesis puntos de vista normativos para sustituirlos por argumentos relativos a imperativos funcionales que se dan por supuestos. Precisamente en tales ejemplos queda claro que la justicia y el sistema jurídico reaccionan ciertamente a la sociedad, pero que no son autónomos frente a ella. La cuestión de si hay que someterse a imperativos sistémicos, bien sea de la economía o del aparato estatal mismo, incluso cuando tales imperativos quebrantan o merman principios bien fundados, no es algo que en última instancia se decida en los tribunales de justicia, tampoco en el espacio público jurídico, sino en las luchas políticas acerca del trazado de límites entre sistema y mundo de la vida.

Ahora bien, hemos visto que la fuerza legitimadora, que tiene

su asiento en la racionalidad de los procedimientos jurídicos, no sólo se comunica a la dominación legal a través de las normas procedimentales de la jurisprudencia o administración de justicia, sino en mayor grado aún a través de los procedimientos del poder legislativo democrático: Que los procedimientos parlamentarios puedan tener un núcleo racional en sentido práctico moral, no es algo que a primera vista resulte tan plausible. Pues todo parece reducirse a la adquisición de poder político y a una competición (regida por ese poder) de intereses en pugna, de suerte que las discusiones parlamentarias serían accesibles a lo sumo a un análisis empírico, pero no a una reconstrucción crítica conforme al modelo de una negociación «fair» de compromisos, ni mucho menos de una formación discursiva de la voluntad colectiva. En este lugar no puedo ofrecer ningún modelo satisfactorio. Pero sí quiero subrayar la existencia de toda una serie de teorías de la constitución, centradas en torno a la idea del proceso que la constitución regula, las cuales se atienen a un planteamiento crítico-reconstructivo[28]. La regla de la mayoría, las normas de procedimiento parlamentario, las leyes electorales, etc., se analizan desde el punto de vista de cómo pueden asegurar en los procesos de decisión parlamentaria que se tengan presentes por igual todos los intereses afectados y todos los aspectos relevantes de la cuestión de que se trate. Una debilidad de estas teorías la veo, no precisamente en este planteamiento como tal, sino en que no desarrollan sus puntos de vista normativos a partir de una lógica de la argumentación moral ni tampoco los aplican a las condiciones comunicativas que una dinámica de fundamentación ha de cumplir para no resultar distorsionada. Por lo demás, el proceso intraparlamentario de decisiones sólo constituye un pequeño segmento de la vida pública. La calidad racional de la legislación política no sólo depende de cómo trabajan en el Parlamento las mayorías elegidas y las minorías protegidas. Depende también del nivel de participación y del nivel de formación de los participantes, del grado de información y de la claridad con que en el seno de la opinión pública quedan articuladas las cuestiones de que se trate. La calidad de la vida pública viene en general determinada por las oportunidades efectivas que abra el espacio público político con sus medios de comunicación y sus instituciones.

[28] J. Choper, *Judicial Review and National Political Process*, 1980; J. H. Ely, *Democracy and Distrust* (1980); para una crítica de la obra de Ely, cfr. «The Past of Constitutional Theory -and its Future», Ohio State Law Journal, 1981, 223 ss.

Conclusión

La idea de Estado de Derecho, que he tratado de reformular, aunque apunte un poco alto, no por ello resulta delirante, sino que brota del suelo mismo de la realidad jurídica, para convencerse de ello basta tener presente que esa idea es el único criterio que tenemos para medir la autonomía del sistema jurídico. Si se cerrara esa dimensión en la que las vías de fundamentación jurídica se abren a la argumentación moral, ni siquiera podríamos saber ya qué podría significar eso de autonomía del derecho si no es autonomía sistémica. La autonomía no es algo que un sistema jurídico cobre por sí para sí sólo. Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la legislación y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y del juicio y por esta vía permiten que penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético. No puede haber derecho autónomo sin democracia realizada.

(Trad. de Manuel Jiménez Redondo)

ÉTICA DISCURSIVA Y LEGITIMIDAD DEL DERECHO

1. *La legitimidad normativa del Derecho*

Sobre la base de la ética discursiva, el problema del vínculo necesario entre Derecho y moral puede abordarse tanto desde el punto de vista de la moral como desde el punto de vista del Derecho. Esta es la razón por la que Jürgen Habermas ha tratado de responder tanto a la cuestión de por qué la moral necesariamente presupone el derecho como a la de por qué el Derecho necesariamente presupone la moral.

La moral procedimental presenta dos deficiencias que el Derecho puede contribuir a remediar. Una de estas deficiencias es el llamado *problema de la imputación*. En los discursos morales, la validez de las normas morales se evalúa bajo la premisa de que todos los concernidos deben seguir normas válidas. Por tanto, las normas válidas sólo pueden imputarse a alguien que pueda estar seguro de que cualquier otro también debe seguirlas. Sin embargo, la moral por sí sola no puede garantizar la seguridad de que todos seguirán sus normas. Esta deficiencia puede superarse transformando las normas morales válidas en normas jurídicamente obligatorias (Habermas, 1987, 13-14).

El otro defecto puede denominarse *problema de la institucionalización*. El discurso práctico-moral ideal está basado sobre ciertos presupuestos contrafácticos que nunca pueden darse por completo en la realidad. Los discursos reales inevitablemente están sometidos a restricciones temporales, espaciales y sociales. En orden a permitir la solución discursiva de problemas prácticos, los discursos deben institucionalizarse mediante reglas fijas: mediante reglas que regulen el principio y el fin de los discursos, los participantes en los mismos, los pasos argumentativos, el procedimiento de toma de decisiones, etc. La institucionalización requerida por los discursos reales no puede alcanzarse únicamente a través de normas morales; también en este aspecto el Derecho puede acudir en ayuda de la moral (Habermas, 1981a, 324-325; Habermas, 1987, 14-15).

La interpretación que hace Habermas del Derecho como un remedio para los defectos de la moral procedimental puede verse como una justificación Moral del Derecho. Sin embargo, esta propuesta para la justificación del Derecho no sigue el programa de la *teoría reconstructiva* del que, según Habermas (1983, 107 ss.), la ética discursiva participa. Lo que Habermas trata de demostrar es más bien una necesidad sociológico-funcional. Es concebible que también la indispensabilidad de la moral para el Derecho pueda demostrarse en un nivel sociológico-funcional, por ejemplo, de la siguiente manera: el funcionamiento de un ordenamiento jurídico, su eficacia, requiere su *legitimidad empírica*, su aceptación, y esto, a su vez, requiere una cierta correspondencia sustancial del Derecho con las normas morales y las concepciones predominantes en la sociedad. Sin embargo, la tesis de la vinculación necesaria entre Derecho y moral formulada sobre la base de la ética discursiva es más ambiciosa: el Derecho está llamado a relacionarse necesariamente con la moral por medio de un vínculo que puede demostrarse en el nivel de la reconstrucción racional. Y este nivel, a su vez, implica un concepto *normativo* de legitimidad en lugar del concepto empírico utilizado en el nivel sociológico-funcional.

En un artículo reciente[1], Robert Alexy ha mantenido que el Derecho implica conceptualmente la pretensión de corrección y que es precisamente esta pretensión la que establece un vínculo conceptual necesario entre Derecho y moral: las normas y los juicios jurídicos presentan una pretensión de validez análoga a las normas y juicios morales, *la pretensión de corrección normativa*. Desde el punto de vista de Alexy, esto puede mostrarse adoptando la perspectiva interna del que participa en el sistema jurídico y examinando el sistema jurídico principalmente como un sistema de procedimientos, esto es, no sólo como un sistema de normas. Desde esta perspectiva, uno puede comprobar que todo acto jurídico, no importa que se trate de actos legislativos o jurisdiccionales, incluye una pretensión de corrección normativa. Las pretensiones de corrección, a su vez, remiten a su toma en consideración en discursos que pueden considerarse como casos especiales de los discursos práctico-morales.

Según la teoría jurídica ético-discursiva, sólo aquellas normas y juicios jurídicos que pueden satisfacer las pretensiones de corrección, esto es, que pueden ser aceptados en los discursos práctico-morales pueden considerarse legítimos en el sentido

[1] *Ratio Juris*, vol. 2, 1989.

normativo del término. Así, en la teoría jurídica el *principio de la ética discursiva*[2] se aplica como criterio de legitimidad de las normas y juicios jurídicos. La distinción entre *aceptación social de facto* (Geltung) y *validez* (Gültigkeit) de las normas (Habermas, 1983, 69 ss.) se transfiere también a la teoría jurídica: la aceptación social de facto (legitimidad empírica) de las normas jurídicas no nos permite sacar conclusiones definitivas acerca de su validez, esto es, acerca de su legitimidad normativa.

La tesis de Alexy del vínculo conceptual necesario entre Derecho y moral no se circunscribe a un determinado tipo histórico de Derecho. Sin embargo, es evidente que la teoría jurídica ético-discursiva ha formulado, al menos implícitamente, su tesis central con referencia a un tipo histórico particular de Derecho, a saber el Derecho moderno occidental. Hasta que no entra en escena el Derecho moderno, el Derecho no puede ser examinado como un sistema de procedimientos en la forma que propone la tesis de Alexy. Con el Derecho moderno se alcanza, por primera vez, un sistema de procedimientos jurídicos diferenciados y especializados: procedimientos legalmente regulados para la creación de normas jurídicas y para la aplicación del Derecho. Estos procedimientos se complementan con la investigación dogmático-jurídica, que está especializada en la interpretación y la sistematización de las normas jurídicas. Con esta especificación del enfoque de la teoría jurídica ético-discursiva tocamos una cuestión central, cual es la de la vocación de universalidad de la teoría de la ética discursiva misma. Un elemento recurrente en la crítica dirigida a la ética discursiva es la acusación de etnocentrismo. Sin embargo, en este contexto me ocuparé de la teoría jurídica ético-discursiva como una teoría del Derecho moderno y dejaré a un lado el problema del etnocentrismo.

La ética discursiva es una ética procedimental que trata de formular, en lugar de principios sustantivos, reglas procedimentales para la solución de las cuestiones morales problemáticas. Correspondientemente, la ética discursiva aborda también las relaciones entre Derecho y moral desde un punto de vista procedimental. Desde la perspectiva de la ética discursiva, lo que se toma en cuenta no son primariamente las semejanzas y diferencias sustanciales entre las normas jurídicas y las morales, sino la relación entre los procedimientos jurídicos y los procedimientos

[2] Habermas (1983, 103) ha formulado este principio de la forma siguiente: Sólo pueden ser válidas las normas que aceptan o pueden aceptar todos los concernidos -esto es, todos los afectados por la norma en cuestión- como participantes en un discurso práctico.

que la teoría de la ética discursiva ha diseñado para la solución de las cuestiones morales problemáticas. La teoría jurídica ético-discursiva no se limita a sostener simplemente que las normas y los juicios jurídicos reclaman una pretensión de validez análoga a la de las normas y juicios morales. Mantiene también que los procedimientos jurídicos del Derecho moderno pueden caracterizarse como discursos práctico-morales institucionalizados. Esto significa que el propio Derecho moderno ha adoptado, institucionalizado, el criterio de legitimidad formulado sobre la base de la ética discursiva; el concepto de legitimidad normativa no es, pues, un patrón externo al Derecho moderno, sino un requisito interno que abre la posibilidad de la llamada crítica inmanente del Derecho.

Para la justificación de la última tesis hay dos alternativas ambas conformes con el programa de la reconstrucción racional. Primera, la reconstrucción puede centrarse sobre las normas jurídicas que regulan los procedimientos jurídicos, tales como los procedimientos para la creación de normas jurídicas y para la aplicación del Derecho. La tesis puede considerarse confirmada si puede mostrarse que estas normas implican la solución de problemas jurídicos en un procedimiento discursivo análogo al de los discursos práctico-morales. Y segunda, la reconstrucción puede centrarse sobre la acción de los agentes que participan en los procedimientos jurídicos, sobre las presuposiciones implícitas de su acción. Esta es la alternativa sobre la que Alexy ha basado su argumentación sobre el vínculo conceptual necesario entre Derecho y moral. Sin embargo, cuando uno trata de demostrar la discursividad de los procedimientos jurídicos a través de una reconstrucción de este tipo, se plantea el siguiente problema: ¿está permitido llegar a conclusiones sobre los procesos por medio de los cuales las normas y juicios jurídicos han sido producidos desde las pretensiones de validez de estas normas y juicios? Sobre este problema volveré más adelante, cuando examine el problema de la naturaleza discursiva de la aplicación del Derecho. Antes de ello, comentaré la interpretación que hace Habermas de los procedimientos para la creación de normas jurídicas como discursos morales institucionalizados para la justificación de normas.

2. *Los procedimientos de creación de normas jurídicas*

La tesis de Habermas consiste en que las constituciones de las democracias occidentales, con sus disposiciones sobre la soberanía popular, sobre el Parlamento y su procedimiento legislativo,

así como sobre tos derechos políticos fundamentales, han institucionalizado jurídicamente el discurso práctico como un procedimiento para producir nuevas normas jurídicas o, más exactamente, para evaluar las propuestas de normas (Habermas, 1987, 10-11 y 15-16). El potencial legitimador del procedimiento legislativo no se basa en última instancia ni en su legalidad, como pensaba Max Weber, ni en su influencia simbólico-expresiva que produce una confianza general en el Sistema, como ha sostenido Niklas Luhmann (1983). Su potencial legitimador básico radica en el hecho de que este procedimiento, al menos en lo que concierne a las normas constitucionales, se corresponde con la práctica discursiva que el nivel postconvencional de la conciencia moral y jurídica en la sociedad moderna requiere para la evaluación de pretensiones de validez normativa problemáticas.

La argumentación de Habermas sigue la primera de las dos alternativas que he distinguido para la justificación del concepto normativo de legitimidad dentro del programa de reconstrucción racional: se centra en las normas constitucionales que regulan el procedimiento parlamentario legislativo.

La teoría de la ética discursiva incluye en la moral y en los discursos morales simplemente cuestiones de justicia, esto es, cuestiones deontológicas concernientes a la corrección de las acciones y de las normas; quedan fuera del ámbito de la moral y de los discursos morales, por un lado, los problemas teleológicos relativos a los fines comunes y, por otro, los problemas axiológicos concernientes a valores y concepciones sobre la vida buena. Sin embargo, el Derecho moderno es en gran medida una suerte de sistema o estructura teleológica. Recientes discusiones en teoría del Derecho y en sociología del Derecho han puesto a menudo de relieve lo que viene a ser una tendencia del Derecho hacia finalidades: el Derecho se usa cada vez más como un instrumento para la consecución de objetivos políticos. El Derecho no transforma simplemente las normas morales en normas socialmente obligatorias, es decir, no sólo ayuda a la moral a resolver su problema de imputación; además de utiliza también para la consecución de objetivos comunes. Los procedimientos para la redacción y promulgación de las normas jurídicas no pueden, incluso en el nivel de la reconstrucción racional, analizarse simplemente como institucionalizaciones de los discursos práctico-morales en el sentido de la ética discursiva: debe prestarse atención también a las dimensiones teleológica y axiológica de los procedimientos de creación de normas jurídicas.

En relación con el aspecto teleológico, puede señalarse que tales regulaciones procedimentales no implican un discurso práctico-moral

de justificación de la misma manera que, obviamente lo hacen, las disposiciones constitucionales sobre el Parlamento, sus procedimientos y sobre los derechos políticos básicos. Podemos distinguir tres tipos ideales de procedimientos para la creación de normas jurídicas que no sólo son fácticamente aplicados en las democracias occidentales, sino que también están implicados por las regulaciones jurídicas:

-el *procedimiento discursivo* en el que se trata de llegar a decisiones a través de una argumentación racional pública de acuerdo con el modelo del discurso práctico;

-el *procedimiento estratégico* en el que las decisiones se basan en compromisos entre intereses particulares; y

-el *procedimiento instrumental* en el que la toma de decisiones se basa en un modelo finalístico de medios/fines en el que los fines se derivan de las necesidades funcionales «objetivas» en el terreno social de la actividad en cuestión.

El procedimiento discursivo se corresponde con la imagen del procedimiento parlamentario legislativo que nos viene dado por las reglas constitucionales y los principios de las democracias occidentales. El procedimiento basado en grupos de intereses sigue arquetípicamente el modelo estratégico. El procedimiento instrumental, a su vez, puede considerarse el tipo ideal de toma de decisión dentro del aparato administrativo cuando no implica representación de intereses.

Podemos distinguir entre procedimientos estratégicos o instrumentales *manifiestos* y *encubiertos*. Los primeros se dan cuando las normas jurídicas que regulan el procedimiento implican ya procedimientos estratégicos o instrumentales, como es el caso, por ejemplo, de la legislación sobre la negociación colectiva o de las «leyes de delegación» que transfieren el poder de dictar normas al ejecutivo. Un análisis de la «realidad constitucional», a su vez, puede demostrar que el procedimiento estipulado como discursivo por las normas constitucionales es de hecho estratégico o instrumental; en tal caso podemos hablar de creación estratégica o instrumental encubierta de normas. Así, uno de los puntos principales del análisis del procedimiento legislativo de Luhmann (1983, 11 ss., y 174 ss.) es que el procedimiento que, de acuerdo con las normas constitucionales, tiene un carácter supuestamente discursivo sigue en realidad un modelo estratégico o instrumental.

En el nivel de la reconstrucción racional, sin embargo, lo que es esencial son los procedimientos manifiestamente estratégicos e instrumentales. ¿Pueden armonizarse estos procedimientos con

las exigencias que el propio Habermas establece con respecto a la naturaleza del procedimiento de creación de normas en el Derecho moderno? La respuesta de Habermas a esta cuestión puede interpretarse como afirmativa. Desde la perspectiva de Habermas, puede extraerse una legitimación correspondiente al principio discursivo de justificación tanto para el procedimiento estratégico como para el instrumental.

De acuerdo con la teoría de la ética discursiva, el procedimiento discursivo requiere la posibilidad de un interés común: el discurso se usa para buscar una comprensión mutua que, a su vez, está ligada a la presuposición de un interés común. Si los intereses particulares de las partes excluyen la posibilidad de un interés común, sólo puede alcanzarse una decisión conjunta a través de compromisos entre intereses particulares. Aunque estos compromisos no se basen en la comprensión alcanzada a través del discurso, Habermas argumenta que pueden justificarse indirectamente.

Habermas distingue entre *compromisos verdaderos* o *equitativos* y *pseudo-compromisos*; la posibilidad de una justificación indirecta alcanza sólo a los primeros. Pueden distinguirse tres requisitos para que un compromiso sea verdadero. Primero, que los intereses que constituyen el núcleo de la torna de la decisión deben ser realmente intereses particulares de un tipo tal que excluyan la posibilidad de un interés común. Segundo, todas las partes, esto es, todos los afectados por la decisión, deben tener un derecho igual a tomar parte en la formación del compromiso. Tercero, debe haber un equilibrio de poder entre las partes. Los contenidos del compromiso no pueden decidirse a través del discurso pero sí el núcleo de la toma de la decisión basada sobre compromisos (en mi terminología, el procedimiento estratégico) así como las condiciones que garanticen su equidad. Aquí es donde reposa la posibilidad de una justificación indirecta de los compromisos (Habermas 1975, 111-112; Habermas, 1981a, 323-324; Habermas, 1983, 82-83). Así, al usar el concepto de compromiso verdadero o equitativo Habermas trata de indicar el lugar legítimo del procedimiento estratégico en la toma de decisiones políticas. El concepto de compromiso verdadero puede usarse para legitimar, por ejemplo, una forma estratégica o corporativista de dictar normas tal como el sistema de convenios colectivos en el Derecho del Trabajo.

La legitimación del procedimiento instrumental, a su vez, puede derivarse de la distinción que traza Habermas entre el Sistema y el mundo de la vida. Cuando el Derecho se usa como un instrumento para la organización y el gobierno de los subsistemas

autonomizados, la administración pública y la economía, Habermas (1981b, 536) argumenta que aquél no está directamente afectado por la pretensión de validez normativa que habría de ser resuelta a través del discurso. El punto de vista de Habermas implica que lo más importante para las normas que regulan la administración pública y la economía sería su racionalidad instrumental (o para ser más exactos, funcional), su aptitud para cumplir funciones de gobierno dentro del Sistema. La toma de decisión instrumental es el procedimiento más apropiado para tales funciones, dado que no necesita basarse en un entendimiento mutuo discursivo queda fuera del mundo de la vida y no requiere compromisos entre, por ejemplo, intereses económicos particulares.

De este modo, puede presentarse la misma posibilidad de justificación indirecta tanto para el procedimiento instrumental como para el procedimiento estratégico: también a este respecto, la tarea que le queda al procedimiento discursivo es especificar el núcleo de la toma de decisiones. De esta forma, en opinión de Habermas, podemos demostrar que también la toma de decisiones políticas instrumental o funcional tiene su lugar legítimo en el conjunto de procedimientos para dictar normas jurídicas.

Si mi interpretaciones correcta, el ámbito marcado por Habermas para el procedimiento discursivo de creación de normas está más o menos limitado: como una cuestión de hecho, en sentido cuantitativo, en la sociedad moderna del capitalismo tardío la mayoría de las regulaciones jurídicas permanecen fuera de él. El principio discursivo de justificación sólo cubre aquellos conjuntos de normas jurídicas que regulan las esferas de actividad situadas dentro del mundo de la vida o los contenidos de las que al menos tienen una conexión directa con las normas morales que guían la actividad comunicativa en el mundo de la vida; utilizando la terminología del propio Habermas, es una cuestión del *Derecho como institución* (Recht als Institution).

Por otro lado, Habermas utiliza la noción de *Derecho como medio* (Recht als Medium) para referirse a aquellas regulaciones jurídicas que organizan los subsistemas de la economía y del Estado o la administración pública. Según Habermas estos subsistemas están guiados por el dinero y el poder, y a través de estos medios han llegado a hacerse independientes del mundo de la vida. El Derecho como medio está representado por la mayor parte del Derecho económico y del administrativo (Habermas 1981b, 536-537).

Los criterios que Habermas utiliza en la justificación del ámbito legítimo de aplicación del procedimiento estratégico e instrumental

pueden reconducirse a la distinción entre el Sistema y el mundo de la vida que él adopta en su análisis de la sociedad moderna. También los conceptos de Derecho-como-medio y de Derecho-como-institución están construidos con arreglo a esta distinción.

Las críticas que se han esgrimido contra esta distinción han mostrado que ni siquiera los sectores de la economía y de la administración pueden liberarse a sí mismos de los mecanismos sociales de integración que requieren actividad comunicativa. Estos mecanismos también pueden regularse y fomentarse a través del Derecho. Esto se demuestra, por ejemplo -se dice- por la regulación de la democracia industrial o el principio de equidad adoptado en el Derecho de contratos del Estado del bienestar. En efecto, los conceptos de Derecho como medio y de Derecho como institución ofrecen sólo dos perspectivas para el análisis del Derecho; no permiten agrupar de forma dicotómica a las normas jurídicas. Y cuando la dicotomía entre Derecho como medio y Derecho como institución se relativiza, cuestionamos al mismo tiempo la propuesta para la delimitación del ámbito legítimo de los diversos procedimientos para crear normas: ya no hay ninguna razón para situar *a priori* a las regulaciones económicas y administrativas fuera del procedimiento discursivo.

Las limitaciones *a priori* del procedimiento discursivo pueden criticarse también desde el punto de vista de la presuposición de un interés común. En la teoría de la ética discursiva, esta presuposición se introduce a través del *principio de universalización*[3]. Sin embargo, el papel de este principio y de la precondición del interés común es problemático tanto en la teoría de la ética discursiva como en la teoría de la legitimidad procedimental del Derecho. En la teoría de la ética discursiva uno puede argumentar de la siguiente forma: como el interés común mismo sólo puede determinarse a través del discurso, el principio de universalización no parece añadir nada al principio de la ética discursiva, esto es, a la demanda de que las cuestiones normativas controvertidas deberían resolverse en el discurso práctico (Cf. Benhabid, 1986, 303 ss.).

[3] En la teoría de la ética discursiva de Habermas, el principio de universalización tiene el status de una regla argumentativa necesaria para los discursos prácticos. Habermas (1983, 103) ha especificado este principio de la siguiente manera: Sólo aquellas normas pueden ser válidas, las que todos los concernidos -esto es, todos los afectados por la norma en cuestión- aceptan o pueden aceptar como participantes en un discurso práctico.

En mi opinión, tampoco la posibilidad de un interés común puede ser considerada como una precondición *a priori* del procedimiento discursivo de creación de normas. Para establecer que las partes implicadas no participan de un interés común, también tenemos que recurrir al discurso. Así, es imposible distinguir nítidamente entre el procedimiento discursivo y el estratégico, y no hay tampoco ninguna razón para hacerlo. De alguna manera, esto está también implicado por los prerrequisitos procedimentales de los compromisos equitativos formulados por Habermas, que son muy similares a los principios de libertad e igualdad sobre los que un discurso debería basarse: entre las condiciones de los compromisos equitativos se incluye que todas las partes implicadas tengan el derecho a participar y que haya un equilibrio de poder entre ellas. Aun cuando el objetivo del discurso sea llegar a un consenso, puede resultar imposible alcanzarlo. ¡Por qué no podría un discurso tener también como resultado un compromiso equitativo!

El separar estrictamente las cuestiones deontológicas de justicia de los otros aspectos de las cuestiones prácticas puede criticarse también desde el punto de vista axiológico; y esto vale también para el concepto normativo de legitimidad desarrollado sobre la base de la ética discursiva. El aspecto axiológico revela un problema en el concepto de legitimidad de Habermas que yo llamaría el problema del condicionamiento cultural. Este problema nos resulta ya familiar como consecuencia de las acusaciones de etnocentrismo que se han dirigido contra el concepto de racionalidad comunicativa o discursiva de Habermas. No obstante, el problema del etnocentrismo no nos fuerza a abandonar la racionalidad discursiva como base normativa de la teoría de la sociedad occidental moderna y de su Derecho cuyas nociones de racionalidad lo satisfacen.

Pero incluso esta solución no nos libra completamente del problema del condicionamiento cultural. En la sociedad moderna este problema está conectado con la diferenciación de concepciones sustantivas del Derecho, es decir, con la diferenciación de culturas jurídicas: el análisis de las concepciones de Derecho en la sociedad moderna no puede, incluso en un examen de legitimidad, limitarse a las estructuras generales de la conciencia moral y jurídica postoconvencional. Habermas enfatiza que hay una exigencia directa de justificar el contenido de aquellos conjuntos de normas jurídicas que caen dentro de su noción de Derecho-como-institución. Sin embargo, es evidente que esta exigencia recibe diferentes respuestas en las diferentes culturas jurídicas. Esta observación está en el fondo por ejemplo del concepto

de *auditorio particular ideal* de Aulis Aarnio (1987, 225).

En conexión con el concepto de auditorio particular ideal, Aarnio resalta la naturaleza dependiente de valores del Derecho y de su justificabilidad, así como los vínculos entre los valores y el pluralismo de las formas de vida. Tanto Aarnio como Habermas excluyen del ámbito de las cuestiones discursivamente solubles aquellas diferencias de valores que son una manifestación de la pluralidad de formas concretas de vida. Pero esto no afecta al análisis del Derecho de Habermas: según éste, los problemas normativos de la moral y del Derecho no tienen que ver con los valores, con la «vida ética» (Sittlichkeit), sino que son cuestiones de justicia que de alguna manera atraviesan los diferentes sistemas de valores (Habermas, 1983, 118-119 y 189-190).

Sin embargo, resulta problemático trazar una distinción nítida entre valores y normas, entre concepciones de la «vida ética» y moral. Podemos seguir, por ejemplo, a John Rawls (1980,5) que distingue entre el *concepto* de justicia y las *concepciones* de la justicia, y argumenta que sólo los valores dan contenido a estas últimas; en otras palabras, que las concepciones de la justicia están unidas a concretas formas de vida y también a actores colectivos. Si esto se acepta, entonces también el concepto de legitimidad normativa del Derecho debe corregirse en la dirección indicada por la noción de auditorio particular ideal de Aarnio.

Las observaciones críticas sobre los diferentes procedimientos para la creación de normas y el aspecto axiológico de la aceptabilidad de las normas jurídicas parecen conducir a la siguiente conclusión. En la reconstrucción racional de los procedimientos para la creación de normas jurídicas y en el desarrollo de un concepto normativo de la legitimidad del Derecho moderno, no es suficiente con recurrir sólo al modelo de los discursos práctico-morales de justificación de normas. El concepto de legitimidad discursivo-procedimental parece requerir, en lugar de la teoría de la ética discursiva, una teoría general del discurso práctico o, más generalmente, de la formación racional de la voluntad colectiva. Tal teoría debería también tomar en cuenta los aspectos teleológico y estratégico de las cuestiones prácticas[4].

[4] Véase un reciente artículo de Habermas publicado en *Ratio Juris*, vol. 2, 1989. En este artículo Habermas parece admitir la necesidad de una teoría más amplia del discurso práctico o de la formación racional de la voluntad colectiva para el análisis de los procedimientos de creación del Derecho. Lo que en mi opinión es todavía problemático es su insistencia en la separación estricta de los aspectos ontológico. axiológico y teleológico de las cuestiones prácticas y de los correspondientes tipos de discurso práctico.

Si dentro del armazón de la pragmática universal es posible desarrollar tal teoría general (reconstructiva), donde los discursos práctico-morales figuren simplemente como un tipo o como un aspecto de los discursos prácticos, es una cuestión que no puede tratarse aquí.

Dentro de los procedimientos estratégicos e instrumentales de creación de normas he distinguido entre procedimientos manifiestos encubiertos. Un procedimiento que, en el nivel de las normas procedimentales, se supone que es de naturaleza discursiva, puede en realidad seguir más bien el modelo estratégico o el instrumental. A la luz de esta distinción, es importante especificar el *status* de los resultados conseguidos con el programa de reconstrucción racional. Lo que la reconstrucción racional puede suministrar es un concepto normativo de legitimidad, de forma tal que partiendo de la materia misma se derive de alguna manera un patrón crítico: es decir, partiendo del Derecho moderno y de sus procedimientos. Pero la reconstrucción racional en sí misma no llega a suministrar respuestas a cuestiones sobre la realidad social; no debería entenderse como una descripción de la realidad social.

Es tarea de la investigación sociológica examinar si los procedimientos reales de creación de normas jurídicas corresponden a las implicaciones de las normas procedimentales. El concepto normativo de legitimidad plantea, por ejemplo, los siguientes problemas sociológicos: ¿Corresponde el proceso real de creación de normas a las condiciones de los discursos ideales? ¿En qué aspectos se desvían los procedimientos reales del procedimiento ideal? ¿Por qué tipo de mecanismos se producen estas desviaciones? Puede ser importante insistir en que estas cuestiones no presuponen necesariamente una teoría sociológica particular. Así, es concebible que los procesos reales se enfoquen, por ejemplo, como sistemas sociales en la forma propuesta por Luhmann o como campos sociales en el marco de la teoría sociológica de Pierre Bourdieu. En investigaciones sociológicas empíricas informadas por los resultados de la reconstrucción racional, los conceptos normativo y empírico de legitimidad se enfrentan de alguna manera uno a otro.

El estatus de los resultados de la reconstrucción racional debe evaluarse también con respecto a las propuestas de reforma al nivel institucional y organizativo. Habermas ha enfatizado fuertemente la distinción entre el principio discursivo de legitimidad y las conclusiones organizativas e institucionales inspiradas en él. Por ejemplo, ha criticado a Rousseau por haber confundido, en la teoría del contrato social y de la soberanía, el principio

procedimental de justificación con la forma de su institucionalización. El concepto de voluntad general, «volonté générale», en la teoría de Rousseau no sólo expresa la base válida de la soberanía política legítima. También define su sujeto institucional. Habermas (1976, 279), sin embargo, argumenta que la cuestión de la legitimidad o de la validez debe distinguirse de la cuestión de la institucionalización u organización, cuya solución está siempre ligada a situaciones históricamente cambiantes y concretas.

Es evidente que sobre la base de la reconstrucción racional, no está justificado hacer propuestas de reforma institucional muy precisas y detalladas. A pesar de esto, la distinción de Habermas entre el patrón ideal, normativo, y su forma de institucionalización me parece demasiado estricta. Al menos algunos tipos de directrices institucionales generales pueden desarrollarse y justificarse en el propio nivel de la reconstrucción racional. Así, la modificación del concepto normativo de legitimidad en la dirección indicada por el concepto de auditorio particular ideal de Aarnio remite a la descentralización de la creación de normas jurídicas que ha sido propuesta en recientes debates como una forma de fortalecer las legitimidad democrática del sistema jurídico. Ingeborg Maus (1986, 322-323), por ejemplo, ha propuesto que las funciones de la democracia del Estado centralizado en la creación del Derecho se limiten a aquellas cuestiones que realmente afecten a todos los miembros de la sociedad. Las regulaciones sobre materias sustantiva y personalmente limitadas deberían delegarse a las partes afectadas, es decir, deberían ser asunto de procesos sociales democráticamente organizados de formación de normas. El propio análisis de Habermas (1985, 417-418) de la pluralización del mundo de la vida racionalizado y de las posibilidades de esferas públicas parciales autónomas parecen suministrar un apoyo adicional (sociológico) a tales propuestas para la descentralización del procedimiento discursivo de creación del Derecho.

3. *La aplicación del Derecho*

Habermas ha resaltado que el Derecho moderno no puede obtener su legitimidad solamente a partir del discurso práctico que ha sido institucionalizado en el procedimiento legislativo. En su opinión, especialmente en la etapa del Estado Social del bienestar de las sociedades modernas, las leyes no pueden redactarse

de la forma semánticamente inequívoca que se requiere para su aplicación lógica subsuntiva: el juez no puede ser el «autómata de la subsunción» descrito por Weber. La aplicación de las normas jurídicas requiere inevitablemente un ulterior desarrollo constructivo del Derecho. Pero, Habermas (1987, 10-11 y 15) ha argumentado que también el procedimiento judicial puede entenderse como un discurso práctico institucionalizado.

El propio Habermas no ha procedido a un análisis muy minucioso de la discursividad que garantizaría la legitimidad de la aplicación del Derecho. Por ejemplo, él no ha introducido su distinción entre Derecho como medio y Derecho como institución al referirse a la aplicación del Derecho. No sabemos si se inclina por extender su tesis también a la aplicación del Derecho que abarca los conjuntos de normas que él considera como medios. También permanece poco claro qué posible efecto pueda tener seguir diferentes procedimientos en la creación de normas jurídicas: si, por ejemplo, en un cierto campo de regulación, está legitimado seguir el procedimiento estratégico, ¿la justificabilidad de la desviación del modelo discursivo se extiende también a la aplicación del Derecho? Por ejemplo, en Finlandia los mismos factores que han llevado al procedimiento estratégico en la creación de normas jurídicas han tenido influencia también sobre la organización de la aplicación del Derecho, como se muestra por ejemplo por la consideración basada en representación de intereses de los conflictos acerca de convenios colectivos ante un tribunal laboral.

La «Theorie der juristischen Argumentation», de Alexy (1983) ofrece un ejemplo representativo de los argumentos que se han presentado en favor de la naturaleza discursiva de la aplicación del Derecho. Su tesis básica es que las argumentaciones jurídicas, por ejemplo, los procedimientos judiciales, son casos especiales del discurso práctico. Son discursos prácticos, en primer lugar, porque tratan de cuestiones práctico-normativas y, en segundo lugar, porque su resultado (por ejemplo, una decisión judicial) implica la pretensión de validez normativa. Estos casos especiales difieren de lo que Alexy llama «discurso práctico general», en que se desarrollan bajo ciertas condiciones restrictivas. La más crucial de estas restricciones es que están limitados por el Derecho vigente. También resultan restricciones del hecho de que el proceso de argumentación está sometido a límites fijos de tiempo y está regulado por disposiciones procedimentales fijas. Además, las partes buscan más una decisión que les sea favorable que una que sea normativamente correcta, y esta meta guía, asimismo, su comportamiento en el proceso. Por otra parte, la

posición del juez y la del acusado en asuntos penales son manifestaciones de un reparto de roles desigual; la participación del acusado no es voluntaria; y el acusado no tiene obligación de decir la verdad.

Para Alexy, estas desviaciones del modelo ideal de discurso, de la situación ideal de diálogo, no nos impiden describir el proceso de aplicación del Derecho como un discurso práctico. En su opinión, lo esencial es que el resultado del proceso, la decisión del tribunal, implica la pretensión de validez normativa, y que al margen de los motivos subjetivos de las partes y de sus abogados, también las partes formulan esta pretensión en sus argumentos, es decir, presuponen que sus argumentos podrían ser aceptados bajo las condiciones de una situación ideal de diálogo (Alexy, 1983, 261-273).

El problema fundamental que presenta la argumentación de Alexy en relación con su propia tesis es el siguiente. Parece que él usa la pretensión de validez normativa planteada por los enunciados normativos como base para la extracción de conclusiones en lo relativo a la producción de estos enunciados: ya que el resultado del proceso implica la pretensión de validez normativa, debería ser posible describir este proceso en términos del discurso práctico. Sin embargo, esto no es necesariamente así: una pretensión de validez que sólo puede encontrarse a través del discurso no dice en sí misma nada sobre el proceso a través del cual la norma o enunciado normativo en cuestión se generó. Las normas y los enunciados normativos que plantean la pretensión de validez para que sea tomada en consideración en el discurso pueden producirse también por medios distintos al del discurso.

Una vez que rompemos la cadena del razonamiento que lleva desde la pretensión de validez que está implicada en las decisiones de los tribunales al proceso a través del cual estas decisiones se producen, las desviaciones de las reglas del discurso asumen un significado diferente del que Alexy les quiere dar. Las desviaciones están relacionadas, por un lado, con los argumentos que se tienen en cuenta en el proceso y, por otro lado, con el procedimiento mismo y sus roles. Las restricciones en relación con los argumentos admisibles -la limitación al Derecho vigente- no trastocan ellas mismas la tesis de Alexy mientras podamos asumir que el propio Derecho vigente es válido en el sentido de la teoría discursiva. Lo decisivo son las desviaciones relativas al procedimiento y sus roles. Ya que las reglas discursivas de simetría, ausencia de coacción y sinceridad no rigen estrictamente y dado que las partes en el proceso no se supone que tengan

como único motivo permitido buscar el resultado normativamente correcto, es difícil estar de acuerdo con la tesis del caso-especial de Alexy. Para que fuera posible entender el proceso de la aplicación del Derecho como un discurso práctico, este proceso debería corresponder más bien a un procedimiento de acuerdo extra-judicial en el que las partes mismas (esto es, sin intervención de no-partes, tales como el juez) intentaran resolver sus conflictos de acción surgidos en su práctica comunicativa cotidiana.

Así, incluso en el nivel de la reconstrucción racional, no es probablemente posible describir el procedimiento judicial como un discurso práctico en el que los participantes serían las concretas partes y en el que la meta sería su entendimiento mutuo racionalmente motivado. Sin embargo, el universo limitado de las partes concretas no es el único punto de partida concebible en la evaluación de la naturaleza discursiva de la adjudicación. Podemos distinguir al menos tres círculos concéntricos desde cuya perspectiva podemos aproximarnos al problema de la naturaleza discursiva de la aplicación del Derecho:

-las partes concretas,

-*la comunidad jurídica en sentido estricto* compuesta por los juristas prácticos y, en general, los expertos en Derecho

-*La comunidad jurídica en sentido amplio* que abarca a toda la sociedad.

Desde la perspectiva de la comunidad jurídica, los argumentos presentados y las decisiones tomadas en casos individuales llegan a formar parte del *continuum* de la discusión jurídica o social general sobre los contenidos del ordenamiento jurídico; aparte de los procedimientos judiciales, otra forma institucional de la discusión que transcurre dentro de la cultura de los expertos en Derecho es la dogmática jurídica. Desde el punto de vista de la comunidad jurídica en sentido estricto, las decisiones de los tribunales y la interpretación y las recomendaciones normativas de la dogmática jurídica son enunciados normativos análogos unos a otros. La validez de estos enunciados es evaluada en el *continuum* discurso jurídico, en el flujo de las decisiones razonadas de los tribunales y de las investigaciones de la dogmática jurídica. Este punto de vista es conocido desde la reciente discusión en teoría jurídica sobre la racionalidad de la dogmática jurídica: la interpretación en la dogmática jurídica se ha analizado como un diálogo en el que los enunciados normativos van

siempre dirigidos a su aceptación por un auditorio específico.

En lo que se refiere a la conexión de la naturaleza discursiva de la aplicación del Derecho y, al mismo tiempo, la validez normativa de sus resultados, por un lado, con la comunidad jurídica en sentido estricto, por otro, el principal problema concierne a los participantes en la discusión. El concepto de comunidad jurídica en sentido estricto limita el derecho de participación de una forma no armónica con el modelo ideal del discurso práctico. Sólo los expertos en Derecho pueden tomar parte en la discusión, en lugar de todos los que están afectados por la norma o por los puntos de vista interpretativos. En el mejor de los casos, la discusión entre expertos sólo puede ser un discurso advocatorio que se lleva a cabo en nombre de las partes reales, esto es, en nombre de la comunidad jurídica en sentido amplio.

Entonces, ¿qué cabe decir respecto de la comunidad jurídica en sentido amplio? ¿Podemos considerar la aplicación del Derecho como una parte de una discusión pública en la que también el público en general participa y en la que se evalúan las pretensiones de validez de las decisiones y argumentos jurídicos? Tal interpretación encuentra un obstáculo crucial relacionado con una de las observaciones que tanto Weber como Habermas hacen en el diagnóstico de la sociedad moderna, a saber, la diferenciación de las culturas y discursos de los expertos en relación con el mundo de la vida cotidiana de la sociedad. La comunidad jurídica en sentido estricto emplea en la argumentación jurídica su propio lenguaje especial con el que tiende a situar la discusión fuera del alcance de la comunidad jurídica en sentido amplio. Para que sea posible superar la división entre la comunidad jurídica en sentido estricto y en sentido amplio, la argumentación jurídica debería aproximarse más a la argumentación práctica general. Sin embargo, si la división se borra completamente, se corre el riesgo de perder los beneficios que obviamente suministra una cultura de expertos en Derecho diferenciada. Alexy (1983, 326-332) ha analizado estos beneficios como funciones de la dogmatización del Derecho. Así, por ejemplo, a través de sus funciones de estabilización y control la dogmatización del Derecho promueve la uniformidad de la aplicación del Derecho, la realización del requisito de la justicia formal.

Desde el punto de vista de la comunidad jurídica en sentido amplio, la cultura institucionalizada de los expertos, representada por los que participan en la toma de decisiones jurídicas y por los juristas teóricos, puede entenderse como una restricción sobre el discurso práctico que se introduce a la hora de tratar con normas jurídicas y con propuestas interpretativas. Sin embargo,

los argumentos que Alexy presenta para defender las funciones de la dogmatización del Derecho implican que esta restricción puede ser justificable también desde el punto de vista de la comunidad jurídica en sentido amplio: la comunidad jurídica en sentido amplio puede, a través del discurso, llegar a aceptar tales desviaciones del modelo ideal del discurso práctico. De manera análoga, uno tal vez podría justificar también aquellas desviaciones del procedimiento judicial respecto del modelo ideal de discurso que vimos cuando nos aproximábamos a la cuestión desde la perspectiva de las partes concretas: puede ser que las excepciones que se hacen a las reglas del discurso puedan justificarse a través del discurso en una comunidad que comprenda también a las concretas partes potenciales en futuros procesos (Cf. Alexy, 1983, 37).

Si el procedimiento para la aplicación del Derecho ha de ser analizado en términos de discurso práctico, esto parece requerir recurrir al concepto de *discurso advocatorio* o *simulado*. El discurso jurídico en la comunidad jurídica en sentido estricto puede tal vez considerarse como un discurso advocatorio que es llevado a cabo en nombre de las partes reales. Y la toma de decisiones en tribunales en los que las partes no tienen derecho a participar puede tal vez describirse como un discurso práctico simulado en el que el juez se supone que procede en su argumentación como si fuera un discurso real entre partes reales. Entonces el soporte específico que la teoría discursiva podría prestar a tales discursos simulados o advocatorios sería una suerte de principio regulativo que habría de ser seguido por los jueces y juristas teóricos en su argumentación. Argumentos en favor de esto pueden encontrarse en la teoría de la dogmática jurídica de Aarnio, aunque sus raíces provienen bastante más de la concepción de auditorio universal de Perelman que de la teoría de la ética discursiva. Aarnio (1987, 227) ha formulado el siguiente principio regulativo para la dogmática jurídica: la dogmática jurídica debería buscar resultados -propuestas de normas e interpretaciones- que probablemente recibirían el apoyo de la mayoría dentro de una comunidad jurídica que razonara racionalmente. Un principio regulativo similar podría formularse también para el poder judicial.

En el contexto de la aplicación del Derecho, la separación estricta entre cuestiones deontológicas de justicia y cuestiones teleológicas y axiológicas puede también criticarse con argumentos similares a los utilizados en el contexto de los procedimientos de creación de normas jurídicas. En la evolución del Derecho hacia una orientación finalística, las consideraciones teleológicas

y axiológicas han adquirido un papel cada vez más importante en la argumentación de los tribunales. Buena muestra de ello es, por ejemplo, la discusión iniciada por Ronald Dworkin (1978) sobre el papel que los principios de base moral, por un lado, y las directrices políticas [*policies*], por otro, tienen en la toma de decisiones jurídicas. Así, puede argumentarse que las pretensiones de corrección dentro de los límites del Derecho vigente que suponen las decisiones de los tribunales no pueden reducirse meramente a una corrección moral definida en términos estrictos. Y, análogamente, también la reconstrucción racional del procedimiento de aplicación del Derecho -así como la reconstrucción racional de la dogmática jurídica- parece requerir como soporte una teoría general del discurso práctico o de la formación racional de la voluntad colectiva, y no simplemente una teoría del discurso práctico-moral tal como la teoría de la ética discursiva ha suministrado.

Como comentario final, puede ser útil repetir la observación a propósito de la relación entre la reconstrucción racional y la investigación sociológica. En el análisis de Luhmann (1983, 82 ss.) sobre el principio de publicidad en el procedimiento judicial, por ejemplo, el público en general es descrito como un auditorio observador, que es objeto de influencia simbólica y expresiva. Cuanto más próximo a la realidad esté este análisis, más alejados estaremos del ideal de una aplicación discursiva del Derecho, de la situación en la que también la aplicación del Derecho sería una parte de un *continuum* de discusión práctico-normativa que abarque a toda la sociedad.

El principio de legitimidad formulado en términos de una teoría reconstructiva del discurso no debería entenderse como una descripción de las prácticas de adjudicación presentes. De lo contrario, se corre el riesgo de que este principio se transforme en una ideología de legitimación. Para evitar este peligro, tenemos que subrayar el carácter crítico-normativo del principio de legitimidad frente a su uso descriptivo.

4. *Epílogo: Las dimensiones de la racionalidad del Derecho*

La cuestión de la legitimidad puede, al menos desde el punto de vista de la teoría discursiva, caracterizarse como una dimensión de la racionalidad del Derecho moderno.

La racionalidad del Derecho puede examinarse al menos en tres dimensiones diferentes. Podemos usar estas dimensiones, por ejemplo, para dar cuenta de la discusión actual sobre la supuesta

crisis del Derecho moderno. Desde la primera dimensión, podemos discutir problemas de la sistemática interna del ordenamiento jurídico, las tendencias de la crisis en la *racionalidad interna* del Derecho. Desde la segunda dimensión, nuestra atención se centra sobre las relaciones entre el Derecho y su objeto de regulación, *la racionalidad del objeto* del Derecho. Y desde la tercera dimensión, la cuestión son los problemas de legitimidad del Derecho: si esta legitimidad tiene que ver con la aceptación real de normas jurídicas o con su aceptabilidad. Cuando el concepto de legitimidad es entendido en el último sentido, podemos hablar de la tercera dimensión de la racionalidad del Derecho, *la racionalidad normativa* del Derecho.

Especialmente en sociología del Derecho, la racionalidad del Derecho moderno es usualmente abordada desde el punto de vista de la teoría de Weber sobre el carácter *racional-formal* del Derecho moderno: la caracterización de Weber de la racionalidad formal del Derecho moderno y el proceso de materialización en que parecía basarse en el nivel de la acción sobre el concepto de *racionalidad con arreglo a fines*. El concepto de Habermas de *racionalidad comunicativa* o *discursiva* abre una manera alternativa de analizar los problemas del Derecho moderno. La teoría de la legitimidad procedimental del Derecho puede ser considerada como una aplicación de este concepto a la dimensión de la racionalidad del objeto del Derecho. Y, uno puede añadir, también los problemas de la racionalidad interna del Derecho moderno pueden ser analizados sobre la base del concepto de racionalidad discursiva. En qué forma y con qué resultados es una cuestión que debe, sin embargo, discutirse en otro lugar.

(Trad. de Josep Aguiló Regla)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aarnio, Aulis, 1987, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht: D. Reidel.
Alexy, Robert, 1978, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main: Surkamp.
Benhabid, Seyla, 1986, *Critique, Norm, and Utopia*, New York: Columbia University.
Habermas, Jürgen, 1975, *Legitimation Crisis*, Boston: Beacon.
—, 1976, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt am Main: Surkamp.
—, 1981a, «Die Utopie des guten Herrschers», en *Kleine politische Schriften I-IV*. 318-327. Frankfurt am Main: Surkamp.
—, 1981b, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, vol. 1, Frankfurt am Main: Surkamp.
—, 1983, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main: Surkamp.
—, 1985, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt am Main: Surkamp.
—, 1987, «Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?», en *Kritische Justiz*, 1: 1-16.
Luhmann, Niklas, 1983, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfort am Main: Surkamp.
Maus, Ingeborg, 1986, «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel der Institutionen», en *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, 277-331, München: Wilhelm Fink.
Rawls, John, 1980, *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University.

LA MORAL COMO FORMA DEFICIENTE DE DERECHO

1. *¿Un resto de metafísica en el derecho positivo?*

Sabido es que en estos tiempos «post» que corren no es precisamente el afán sistemático el que preside las reflexiones filosóficas. Pero también es verdad que algunas de ellas se presentan como propuestas teóricas que pueden trabajarse *radialmente* en distintas direcciones. Este es, sin duda, el caso de la oferta habermasiana, que hace su entrada en el mundo cultural con haberes tales como la pragmática universal, la teoría de la acción comunicativa, una nueva teoría de la racionalidad, una teoría consensual de la verdad, una teoría de la evolución social y una ética discursiva. En este denso contexto teórico-práctico de elaboraciones radiales una preocupación ha ido destacándose en los últimos tiempos: examinar las complejas relaciones existentes entre derecho, moral y eticidad, realizar un seguimiento crítico del debate sobre la juridificación y analizar las conexiones que, al hilo de todo ello, se desvelan entre una ética postconvencional de principios, un derecho positivo que se sabe necesitado de fundamentación, y la idea de un estado de derecho, que tiene por canon crítico la idea de imparcialidad[1]: la conexión, en suma, entre un tipo de moral, de derecho y de política, que responde con sus peculiares matices a la estructura de la racionalidad práctica, descubierta a través del núcleo teórico-práctico al que antes hemos aludido[2].

---

[1] J. Habermas, «Entgegnung», en a. Honneth/H. Joas (Hg.), *Kommunikatives Handeln*, Frankfurt, Suhrkamp, 1986, pág. 327.

[2] J. Habermas, «Moral und Sittlichkeit. Hegels Kantkritik im Lichte der Diskursethik», en *Merkur*, H. 442 (1985), 1041 ss.; «Moralität und Sittlichkeit. Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu?», en W. Kuhlmann (Hg.), *Moralität und Sittlichkeit*, Frankfurt, Suhrakmp, 1986, 16-37; «Recht und Moral, Zwei Vorlesungen», manuscrito inédito; «Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?», en *Kritische Justiz*, Jg. 20, H. 1 (1987), 1-16. Yo misma me he ocupado de las relaciones entre moral, derecho y política en la ética discursiva en «El ethos democrático: entre la anarquía y el Leviatán», en *Sociedad civil y Estado*, Fundación F. Ebert e Instituto Fe y Secularidad, Salamanca, 1988, 85-97; «Límites y virtualidades del procedimentalismo moral y jurídico», en *Anales de la*

La tesis central de nuestro autor con respecto a la estructura del ámbito práctico consistirá en defender que moral postconvencional, derecho positivo y estado democrático son ciertamente tres ámbitos *diferentes* en el espectro práctico, pero que a la vez resultan *inseparables*, no sólo por *complementarios*, sino también por hallarse inevitablemente *entrelazados*. Una moral postconvencional de la responsabilidad precisa complementación jurídica, porque no puede exigir responsablemente el cumplimiento de las normas válidas si los destinatarios no tienen garantía jurídica de que serán universalmente cumplidas[3]; pero igualmente el derecho positivo, deficitario desde el punto de vista de la fundamentación, precisa el concurso de una razón moral, que expresa en su seno la idea de imparcialidad procedimental. En lo que a la idea de estado de derecho se refiere, y aun cuando la política sea el ámbito propio del pacto y la negociación, no es menos cierto que la legitimidad política hunde sus raíces en una legalidad que refleja la estructura de la razón práctica; pero, por otra parte, también la fuerza legitimadora del derecho tiene su fuente en el proceder democrático legislador. Y es que una reconstrucción del surgimiento y evolución de cada una de las dimensiones del ámbito práctico, a partir de un núcleo primitivo indiferenciado, muestra su entrelazamiento en la medida en que cada uno de ellos se encuentra condicionado y es condición de la evolución de los restantes.

Mantener tales tesis supone obviamente enfrentarse a la teoría weberiana de la racionalización que, aplicada al derecho moderno, llegará a afirmar que la legitimidad de los órdenes políticos modernos sólo es posible por la legalidad, en la medida en que ésta posee determinadas cualidades *formales* en las que se expresa su específica racionalidad. Es menester, pues, revisar, no sólo la concepción weberiana del derecho, sino también su concepción de la racionalidad.

En efecto, bajo la perspectiva weberiana la fuerza legitimadora del derecho no procede de su conexión con la moral, sino todo lo contrario: cualquier intento de moralización -de introducción de postulados tales como «justicia» o «dignidad humana»- supone un intento de *materializar* el derecho, destruyendo su racionalidad formal. Y, sin embargo, a partir del análisis weberiano

---

Cátedra Francisco Suárez, núm. 28 (1988), 43-63; «Pragmática formal y derechos humanos», *Tanner-Lectures*, en prensa.

[3] Esta sería, a mi juicio, una de las razones que abonaría la obediencia al derecho, si es que queremos resucitar la polémica suscitada entre nosotros por F. González Vicén y en la que, por lo que sé, han intervenido E. Díaz, J. Muguerza, M. Atienza, E. Fernández, E. Gisán y en la que yo misma me he permitido participar.

de la formalización del derecho se desvelan supuestos en él implícitos de teoría moral, que resultan inconciliables con la neutralidad axiológica, declarada por Weber al respecto. Únicamente entendiendo la racionalidad en un sentido moralmente neutral, tiene consistencia la prevención de Weber contra la introducción de la justicia en el derecho positivo: aceptando la racionalidad como racionalidad de reglas, racionalidad de la elección y racionalidad científica, las cualidades formales del derecho sólo pueden describirse como racionales en un sentido moralmente neutral[4]. Sin embargo, ¿son estos aspectos los que prestan fuerza legitimadora a la legalidad de la dominación o esta tarea viene realizada por implicaciones morales que pueden extraerse de ellos, con ayuda de supuestos empíricos sobre la constitución y el funcionamiento del orden económico?

Valores como la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley, la posibilidad de someter los principios jurídicos a una prueba discursiva, prestan fuerza legitimadora a una racionalidad formal, que no es en modo alguno moralmente neutral. El «error» de Weber consistiría, entre otros, en considerar la esfera del derecho como un orden que, como la economía y el estado, es susceptible de racionalización en el sentido de la racionalidad teleológica, obviando el aspecto fundamentador de la razón práctico-moral, para limitarse al aspecto cognitivo-instrumental de aplicación[5]. Sin embargo, el derecho que conocemos ha heredado dos momentos que acuñaban el sistema jurídico en las antiguas culturas -su carácter de no disponible y, sin embargo, a la vez de instrumentalizable-, que no quedan recogidos en esa noción de derecho positivo, sometido a los cánones de la razón teleológica.

En efecto, una reconstrucción del surgimiento del derecho moderno nos muestra cómo en la estructura jurídica trimembre de las antiguas culturas -configurada por el derecho sagrado, el derecho burocrático del soberano y el derecho consuetudinario- se alojan dos momentos, de los que más tarde tratarán de dar cuenta el derecho racional y el positivo: el soberano está subordinado a un derecho sagrado que le presta legitimidad y que, por tanto, es para él intocable y, por otra parte, se sirve del derecho instrumentalmente al regular judicialmente los conflictos. La pérdida de las imágenes del mundo con contenido y la

[4] J. Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, Franfurt, Suhrkamp, 1981, I, 239 ss. (=TkH); «Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?» (Erste Vorlesung über Recht und Moral).

[5] J. Habermas, TkH, I, 332 ss.

absorción del derecho consuetudinario en el derecho de los expertos, conllevan la destrucción de la estructura trimembre del derecho y su reducción a un derecho positivo, que debe seguir ostentando los dos antiguos caracteres: intocabilidad e instrumentalidad. El primer intento de mantener la síntesis corre a cargo del derecho racional.

En el derecho racional moderno un nivel postradicional de la conciencia moral hace depender el derecho de principios y transforma su racionalidad en racionalidad procedimental. A pesar del descuido weberiano del formalismo ético y de las teorías contractuales en este punto, precisamente el contractualismo trata de conectar los dos momentos aludidos, aunque sin éxito, porque si una línea como la hobbesiana garantiza la instrumentalidad del derecho positivo, pero no su «indisponibilidad» por parte del soberano, una línea como la kantiana asegura su intocabilidad, pero no su carácter instrumental. Ciertamente, no es posible fundamentar en el pacto mismo la fuerza del derecho, porque la obligatoriedad *categórica* que acompaña al principio *«pacta sunt servanda»* subyace al pacto. Y es este nivel categórico de fundamentación, trasunto del derecho sagrado, el que queda satisfecho en la fundamentación moral del derecho kantiano -y no en el instrumentalismo hobbesiano-, si bien al precio de convertir al derecho en un modo deficiente de la moral.

Sin embargo, a pesar del fracaso del derecho racional, es menester extraer útiles enseñanzas tanto del *formalismo ético* como de la figura jurídico-política del *contrato social*: el formalismo ético limita su tarea a proporcionar un test para comprobar la validez de las normas morales, dejando al margen las preferencias axiológicas, aconsejables en un *ethos* concreto; mientras que la figura del contrato propone un procedimiento cuya racionalidad garantiza la corrección de las decisiones tomadas desde él. Esta es, precisamente, la oferta que debe aceptar un derecho positivo contemporáneo, consciente del carácter irreversible del impulso de la juridificación y que no quiera retornar al iusnaturalismo o al «materialismo» ético.

En efecto, el análisis habermasiano del impulso de la juridificación, propio del estado social, le lleva a concluir que está ligado a una moralización del derecho y que el proceso es irreversible. Se trata, pues, de buscar un fundamento moral del derecho, que no reviva las propuestas del derecho natural -sea desde el cristianismo, sea desde la ética de los valores- ni regrese tampoco a Aristóteles, porque ni uno ni otro son apropiados para destacar el núcleo racional de la praxis judicial. En la disputa entre procedimentalistas y sustancialistas sólo los primeros pueden

suplir el déficit de fundamentación del derecho positivo, porque la aceptación de cualquier contenido imposibilitaría el universalismo normativo, necesario en una sociedad pluralista. Y ésta es, a mi juicio, la gran «verdad» del procedimentalismo: que puede pertrecharnos de los elementos morales necesarios, porque la carencia de contenidos y la opción por el procedimiento alumbran obligatoriedad universal en un contexto pluralista[6].

Calificar de iusnaturalista esta posición parece, pues, improcedente, trátese de un iusnaturalismo ontológico o deontológico, desde el momento en que no distinguimos entre dos tipos de derecho -natural y positivo-, ni deducimos principios jurídicos de un concepto de naturaleza humana, ni trazamos principios jurídicos que legitimen el derecho positivo, ni negamos tampoco carácter de derecho a un sistema normativo, reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, por el hecho de que no satisfagan principios de justicia[7]. Sin embargo, tales principios están entrañados en el seno mismo del derecho positivo, como condición de sus cualidades procedimentales: contravenirlos supone privar al derecho de su marco legitimador y también a la organización política que recibe su legitimidad de tal legalidad.

Porque el carácter categórico, sin el que el derecho positivo carece de una fuerza obligante que trasciende los pactos, y que tuvo sus raíces en el derecho sagrado, pasando después a constituir el núcleo del derecho racional, se desplaza ahora al interior del derecho positivo mismo: las normas jurídicas, dado que a ellas subyace una pretensión de corrección, no expresan sólo una racionalidad cognitivo-instrumental, sino también una racionalidad comunicativa. En el derecho positivo leemos un momento moral -su momento fundamentador- que consiste en «la fuerza trascendente de un procedimiento autorregulador, que controla su propia racionalidad».

Se trata, pues, de contraer la doctrina kantiana de los *dos mundos*, como es usual en el proceder habermasiano, convirtiendo

---

[6] La imposibilidad de conectar pluralismo y iusnaturalismo absolutista es destacada por N. López Calera en su *Introducción al Estudio del Derecho*, Granada, Don Quijote, 1981, 152 y 153.

[7] Un iusnaturalismo del primer tipo sería defendido, entre otros, por J. Ballesteros, en *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, 1984; mientras que A. E. Pérez Luño se pronuncia por un iusnaturalismo deontológico (*Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, 137). La última caracterización de iusnaturalismo que aparece en nuestro texto está tomada de C. S. Nino, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, 24 y 25.

la doble perspectiva en dos momentos en tensión de un mismo ámbito. Si frente al contextualismo radical es preciso defender un mínimo de racionalidad universal, es porque ésta se revela como a la vez inmanente y trascendente a la praxis cotidiana. Inmanente, porque no puede expresarse más allá de los juegos lingüísticos concretos, de los contextos en que los individuos se pronuncian por el sí o por el no; trascedente porque las pretensiones de validez del habla trascienden en su exigencia universal los límites contextuales de la praxis determinada. Un «resto de metafísica» queda, pues, en este carácter trascendente, categórico, de la racionalidad comunicativa: el resto de metafísica necesario para combatir a la metafísica, pero que debería impedir a Habermas llamar a nuestro tiempo «postmetafísico»; precisamente porque es este resto el que dota de sentido, de un canon normativo y crítico[8].

Y esto mismo puede decirse del mundo jurídico, porque mientras no esté únicamente en manos de la racionalidad cognitivo-instrumental, sino que dependa de la pretensión de corrección normativa, muestra su núcleo una racionalidad a la par inmanente y trascendente, que contrae en el derecho positivo la doble perspectiva del idealismo trascendental: la instrumentalidad de los imperativos propios de la perspectiva fenoménica y la categoricidad de las leyes morales, propias de la perspectiva nouménica, que Kant aún distribuía en el mundo jurídico entre el derecho positivo y el racional, se contraen en el derecho positivo.

No es menester, pues, ir más allá del derecho positivo buscando una fundamentación iusnaturalista, ni siquiera una fundamentación ética en el concepto de dignidad humana[9]; pero tampoco podemos conformarnos con la plena inmanencia de un positivismo craso, porque el momento trascendente -el momento normativo de la tradición sagrada- forma parte constitutiva del derecho positivo.

Contamos -dirá Habermas- con teorías de la justicia construidas procedimentalmente que, situadas en la tradición kantiana,

---

[8] Esta es una de las críticas dirigidas por J. Conill a J. Habermas, en diálogo con uno de los trabajos de Habermas que más tarde aparecería en *Nachmetaphysisches Denken*, Frankfurt, Suhrkamp, 1988. Vid. J, Conill, *El crepúsculo de la Metafísica*, Barcelona, Anthropos, 331.

[9] Esta sería la posición de E. Fernández en *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid, Debate, 1984, 104 ss., en referencia concreta al tema de los derechos humanos. G. Peces-Barba critica tal posición y las reseñadas en nota 7, defendiendo a la par su postura «realista» en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988.

prestan mayor credibilidad al punto de vista defendido: el neocontractualismo rawlsiano, «decisionista» en exceso, al parecer de Habermas: la kohlbergiana teoría del desarrollo de la conciencia moral, asaz «empática» al gusto habermasiano por servirse de la asunción de rol, y la ética discursiva, que se siente más próxima a Kant por pertrecharnos de un proceder argumentativo en la formación racional de la voluntad, pero supera a Kant por cuanto la universalidad propuesta es procedimental y no meramente formal[10].

Podemos decir, pues, que la legitimidad es posible por la legalidad porque un *resto de metafísica* -del que tanto Habermas como Rawls abjuran abiertamente- anida en el concepto de racionalidad y, consecuentemente, en el derecho autónomo. Pero, por otra parte, si hacer del derecho un modo deficiente de la moral atenta contra su autonomía, también cabe preguntar si las éticas de tradición kantiana no han tendido más bien a hacer de la moral una forma peculiar -cuando no deficiente- de derecho. Buscar el origen de tal tendencia en la filosofía práctica kantiana tal vez no resulte desatinado, aunque sea el proceso de des-subjetivación sufrido a partir de ella el que está situando a la moral en un *no-lugar*. El paso a la filosofía del lenguaje a través de la psicología social de G. H. Mead no se ha producido sin consecuencias.

2. *Reino de los fines y paz perpetua*

Que la filosofía kantiana en su totalidad pueda interpretarse desde la perspectiva de una filosofía jurídica es una hipótesis plausible desde el momento en que la deducción trascendental es

[10] Siguiendo una línea interpretativa que ha dado en ser semejante, intenté en un trabajo, publicado en esta misma revista, extraer de la «justicia como imparcialidad» elementos para una fundamentación moral del derecho («La justificación ética del derecho como tarea prioritaria de la filosofía política. Una discusión desde John Rawls», en *Doxa*, núm. 2 [1985], 129-144). Mantenía allí -y ahora- que una filosofía política que pretende articular adecuadamente libertad e igualdad para un modelo político democrático -modelo que se legitima legalmente- requiere como tarea prioritaria una reflexión moral sobre los fundamentos del derecho. En este sentido, la justicia como imparcialidad nos pertrecharía de un iusnaturalismo y personalismo procedimentales, basados en la procedimentalización de la noción moral kantiana de persona, por tanto, en la autonomía, y que permiten una justificación empírico-práctica. Una de sus mayores limitaciones consistiría en intentar conectar normatividad y relativismo contextualista (en el sentido etnocéntrico señalado por R. Rorty, vid. nota 22 de este trabajo).

una prueba de la posesión de determinados conocimientos. Aunque las Preguntas «*quid juris?*» y «*quid sit ius?*» no se identifican, el reto de la razón práctica «no debe haber guerra, porque éste no es el modo en que los hombres se procuran su derecho» no se dirige únicamente a los individuos o a los estados entre sí en estado de naturaleza, sino también a cuantos disputan acerca de la legitimidad de los presuntos conocimientos de la razón. De ahí que en alguna ocasión me haya permitido calificar a la razón crítica de razón jurídica[11].

Pero, a mayor abundamiento, tanto la esfera de la naturaleza como la de la libertad son posibles por una idea central: la idea de *ley*, proceda del entendimiento para el conocimiento teórico de la naturaleza, proceda de la razón para actuar bajo la idea de libertad. Y aunque por ello se haya acusado a Kant de incurrir en falacia naturalista, al convertir a la ley natural en falsilla de la ley moral, también cabe preguntar si en último término no incurre en falacia humanista, porque tal vez el mundo natural haya «aprendido» legalidad del mundo humano. ¿Surge este concepto de ley de la experiencia religiosa, de la experiencia moral o de la experiencia jurídica?

Ciertamente en la tradición occidental la experiencia moral es más la de la virtud como excelencia del carácter y la de la felicidad como búsqueda de la vida buena[12]. Será la Stoa quien dote a la moral de un sello deontológico tras la quiebra de la polis y la Edad Media quien haga confluir felicidad y cumplimiento de la ley divina, pero el concepto de ley es más propio originariamente del mundo jurídico-político que del moral. La subjetivación de la felicidad y de los fines acaba situando a la ley en el centro de la reflexión moral en las filosofías de tradición kantiana, pero todavía en la del iniciador de ellas existen criterios para distinguir entre una moral y un derecho unidos por la idea de *ley*: mas queda la moral «juridificada» que el derecho «moralizado», porque la categoricidad del derecho racional no por eso le convierte en moral.

Criterios distintivos entre ambos tipos de legislación serían, entre otros, los siguientes: 1) el móvil del agente -en el primer caso el respeto a la ley, en el segundo, un móvil empírico; 2) el tipo de coacción -autocoacción en lo que respecta a la moral, coacción externa en cuanto al derecho, 3) el ámbito de libertad

[11] A. Cortina, *Estudio Preliminar* a I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989, XV-XCI, especialmente XXIII-XXXI. Kant mismo hablará de «una razón superior y judicial» en KrV, A 739 B 767.

[12] J. Montoya-J. Conill, *Aristóteles: sabiduría y felicidad*, Madrid, 126 ss.

-interna o externa- regulada; 4) los objetos de la legislación -las máximas en el caso de la moral, las acciones en el del derecho; 5) el tipo de exigencia -moralidad o sólo legalidad- que cada una de estas legislaciones puede plantear al agente; 6) el sujeto que juzga acerca de la legitimidad de la norma -el sujeto agente o el legislador; 7) el ideal al que la legislación se dirige, que en el caso de la moral consiste en una comunidad ética, un reino de los fines, para acceder al cual se precisa una conversión personal del corazón, mientras que un derecho «situado dentro de los límites de la mera razón» tiende a una paz perpetua por la que trabajaría hasta un pueblo de demonios como seres inteligentes[13].

Ciertamente, asignar al sujeto un ámbito de libertad interna, hacer de ella el fundamento de lo moral y considerar al sujeto autónomo como criterio último de la corrección del juicio moral, supone conceder al formalismo moral un *status* propio frente a la legislación religiosa y jurídica: al sujeto autónomo queda decidir si una máxima es ley moral y es la conversión del corazón la que lleva a un reino de los fines. Mientras que el derecho racional está acuñado por la categoricidad, pero no por la moralidad: el principio de la autonomía de la voluntad no se identifica con la voluntad unida del pueblo, ni el juicio del sujeto autónomo es el del legislador jurídico, ni es la conversión del corazón la que lleva a un pueblo de demonios a trabajar por una paz perpetua. El veto de la razón práctico-moral «no debe haber guerra» tiene también por destinataria a la razón prudencial y hábil, porque el imperio de la legalidad no es ya el de la moralidad.

3. *¿Núcleo moral o derecho racional?*

El tránsito del formalismo al procedimentalismo, de la lógica trascendental a la pragmática universal o trascendental, no se produce sin repercusiones para el sujeto autónomo y, por tanto, para el «punto de vista moral». Jirones sustantivos suyos han quedado por el camino, como es el caso del móvil moral, el ámbito de la libertad interna, la autocoacción, el tipo de exigencia, el sujeto del juicio moral, incluso el ideal de la legislación moral, porque todo lo que apunta a una «dimensión interior» se ha ido borrando del horizonte. En el contexto de la ética discursiva la moral se concibe ahora -igual que el derecho- como un mecanismo

[13] I. Kant, *Zum ewigen Frieden*, VIII, 366; MdS, VI, 354 y 355.

de resolución de conflictos, aunque las normas morales -se dice- son fin en sí, mientras que las jurídicas son también medios para metas políticas. Ciertamente, los conflictos morales pueden presentarse a la deliberación individual y no sólo a la social, pero en tal caso más se trata de una internalización porque, negado por falaz el solipsismo metódico, nos acogemos a Hegel y a la psicología social de G. H. Mead. «Somos los que somos -repetirá Habermas, recordando a Mead- gracias a nuestra relación con otros»; la universalidad moral hunde sus raíces en la socialidad y por ello es menester universalizar, no sólo la forma, sino también el contenido del acto: es menester universalizar los intereses[14].

En este proceder se trata, sin embargo, de proteger los dos polos del proceso de socialización, que se expresan a través del lenguaje: los individuos, a los que alude el uso de los pronombres personales, y la red de relaciones sociales, expresadas a través de la trama lingüística y sin cuya potenciación es imposible incluso la individualización, porque sólo a través del reconocimiento recíproco es posible tal proceso. No acierta L. Kohlberg al querer unir, tras las críticas de C. Gilligan, justicia y benevolencia, porque las dos grandes intuiciones morales de nuestra época -la compasión por los individuos vulnerables y el cuidado de las redes sociales a las que deben su identidad y promoción- exigen dos actitudes a las que me he permitido denominar en alguna ocasión las «virtudes del socialismo pragmático»: justicia y solidaridad[15]. La primera cuida de defender las libertades iguales y los derechos iguales de los individuos que se autodeterminan, mientras que la solidaridad -no la benevolencia- se dirige a los componentes de una forma de vida que, al compartiría, se han hermanado[16]. Ninguna de estas dos actitudes

---

[14] G. H. Mead, *Espíritu, persona y sociedad*, Buenos Aires, Paidós, 1972 (3.ª ed.), 381-390; J. Habermas, «Gerechtigkeit und Solidarität», en W. Edelstein/G. Nunner-Winkler (Hg.), *Zur Bestimmung der Moral*, Frankfurt, Shurkamp, 1986, 307. De la filosofía habermasiana se han ocupado, entre otros, R. Gabás, *J. Habermas: dominio técnico comunidad lingüística*, Barcelona, 1980; J. M. Mardones, *Razón comunicativa y teoría crítica*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1985; E. Menéndez Ureña, *La teoría crítica de la sociedad de Habermas*, Madrid, Tecnos, 1978; J. Muguerza, «Ética y comunicación (una discusión del pensamiento político de Jürgen Habermas)», en *Revista de estudios políticos* (Nueva Época), núm. 56 (1987), 7-63. Yo misma le he dedicado buena parte de *Crítica y utopía: la escuela de Frankfurt*, Madrid, Cincel, 1986.

[15] A. Cortina, «Ética discursiva», en V. Camps (ed.), *Historia de la Ética*, III, Barcelona, Crítica, en prensa.

[16] En este sentido critica J. Habermas en «Gerechtigkeit und Solidarität» (o. C.) la posición mantenida por L. Kohlberg en el artículo publicado en la

puede ser descuidada por el socialismo pragmático. Y, sin embargo, permitir a la justicia cumplir su cometido supondría la defensa respetuosa de individuos autónomos, pero ¿cómo entender la autonomía sin tener en cuenta la dimensión subjetiva, en la que concurren intención, móvil, autocoacción, criterio último del juicio?

Realmente el concepto de autonomía, otrora fundamento de lo moral, ha sufrido una transformación puesto que nos remite a la capacidad de todo hablante competente para elevar pretensiones de validez en la praxis comunicativa, mientras que el momento moral se lee en los presupuestos pragmáticos del discurso práctico, así como en el presupuesto contrafáctico, común al discurso teórico y al práctico, de una situación ideal de habla. Pero entonces el fundamento se desplaza hacia el derecho a defender argumentativamente los propios intereses y convicciones y a obtener asimismo de los restantes interlocutores réplicas argumentadas, lo cual permite, a mi juicio, fundamentar una teoría de los derechos humanos que conjugue racionalidad e historia, pero deja a la posible autonomía del sujeto -en este caso de su juicio moral- en una difícil situación. Porque o bien el sujeto debe aceptar como criterio último de lo moralmente correcto lo que decida fácticamente una comunidad real argumentante, o «formación discursiva de la voluntad» significa únicamente utilizar el diálogo con vistas a formar el propio juicio, reservándose la decisión última, o bien el sujeto debe recurrir al hipotético juicio de una comunidad ideal de argumentantes.

En el primer caso se ve obligado a aceptar como *moralmente* correcto -no como políticamente aceptable o como jurídicamente positivable- lo que fácticamente decida una comunidad de la que no forman parte todos los afectados, que no argumenta en condiciones de simetría ni goza de garantía alguna de que vaya a imponerse la fuerza del mejor argumento. Porque la idea de una comunidad ideal, aunque inserta ya siempre contrafácticamente en la praxis comunicativa, es sólo regulativa en cuanto se trata de fundamentar normas con un ámbito de validez universal, es decir, normas morales en sentido estricto. Por eso los discursos realizados advocatoriamente o internalizados sólo desempeñan una función sustitutiva: las argumentaciones *in foro interno* no equivalen a los discursos reales que no hayan podido ser llevados a cabo. Esta sería la ventaja de la ética discursiva

---

misma compilación y escrito en colaboración D. R. Boyd y Ch. Levine: «Die Wiederkehr der sechten Stufe: Gerechtigkeit, Wohlwollen und der Standpunkt der Moral», 205-240.

frente al monologismo kantiano, y también frente al rawlsiano que, en último término, sólo posibilita una situación ficticia.

Ahora bien, si las condiciones de racionalidad sólo contrafácticamente son presupuestas, ¿cómo formular juicios morales? Parece que hará gala de «buena voluntad» quien esté dispuesto, no sólo a emprender un camino dialogante para resolver conflictos, sino también a aceptar como moralmente correcto el resultado, huyendo del mundo heraclitano de los dormidos, que creen tener inteligencia propia, para ingresar en el de los despiertos, que atienden a lo común. Obviamente, en tal caso la ética discursiva ha de reconocer la falibilidad de todos los conocimientos morales, como reconoce Habermas[17], y afirmar con caracteres de universalidad y necesidad únicamente las implicaciones morales de los presupuestos pragmáticos de la argumentación, pero la idea de un juicio moral que, no sólo se sabe siempre falible, sino que acepta como criterio de lo correcto lo que una comunidad real esté dispuesta a aceptar como tal ¿respeta la idea de sujeto autónomo?

Si éste no nos parece el modo más adecuado para salvaguardar la autonomía del sujeto, que parece ser misión de la justicia, nos vemos obligados -a mi juicio- a recurrir a uno de los dos caminos restantes. Siguiendo el primero nos introducimos en una «ética del diálogo», del tipo de la que propone Wellmer. Para Wellmer, el mandato de la universalización supone una correcta interpretación de los caracteres relevantes de un caso y exige, por tanto, un diálogo que conduzca al sujeto a esta mejor comprensión; pero ello no significa sustituir el principio de la autonomía de la voluntad por el dialógico, hacer del principio dialógico el principio moral, sino uno de los principios exigidos en el ámbito moral[18].

Siguiendo el segundo camino más bien ingresamos en un callejón sin salida, porque en realidad apostamos por realizar *monológicamente* un experimento mental: tratar de concebir cuál sería el juicio moral resultante en el caso de que se celebrara un diálogo en condiciones de racionalidad. Un experimento semejante permite al sujeto mantener una reserva frente a los acuerdos fácticos y continuar defendiendo lo que para él es un juicio que respeta las condiciones de la racionalidad. Pero si éste es el modo de entender la autonomía del juicio, *conditio sine qua non* del sujeto autónomo, hemos de reconocer que hemos regresado a la universalización monológica, propia de la representación

[17] J. Habermas, «Gerechtigkeit und Solidarität», *o. c.*, 317.

[18] A. Wellmer, Ethik und Dialog, Frankfurt, Suhrkamp, 1986, 48.

kantiana de un posible reino de los fines. El monologismo, el derecho a defender que el resultado del propio experimento mental constituye lo moralmente correcto, aunque la comunidad fáctica no lo entienda así; la idea de que los demás pueden haber universalizado incorrectamente es entonces la única salida. A mayor abundamiento, y como sugiere A. Wellmer, apelar a una representación semejante supone recurrir a un «absoluto» que Wellmer limita a la pragmática trascendental, pero es -a mi juicio- extensible a la universal: el recurso a una situación ideal supone una interpretación pragmático-lingüística de la filosofía adorniana de la reconciliación, que Adorno pensó como ruptura con la razón existente, porque nos enfrentamos aquí a la imagen de un juicio final. Más que apuntar a una comunión de los santos, la representación de una comunidad ideal sería un trasunto de ese juicio final en que la verdad y la corrección serán definitivamente conocidas, de modo que se haga justicia con todas las pretensiones de validez elevadas en la historia[19]. De nuevo la razón crítica es razón jurídica. ¿Qué tipo de conocimiento moral proporciona esta racionalidad comunicativo-práctica, que te hace superior al «empatismo» kohlbergiano y al «decisionismo» de la «justicia como imparcialidad»?

Ciertamente, la crítica de Habermas a Rawls descansa fundamentalmente en la convicción de que su propuesta contractualista supone un retroceso con respecto a Kant, en cuanto intento de construir un punto de vista moral. El sujeto autónomo kantiano cuenta con un móvil que le brinda la razón práctica misma, en cuanto es efecto de la ley moral en el sentimiento, mientras que las célebres «partes» de la posición original actúan sólo movidos por la prudencia. Por otra parte, desde la perspectiva kantiana quedan satisfechas las pretensiones de cognitivismo moral, en la medida en que el sujeto puede conocer mediante la razón práctica la ley moral, mientras que a las partes rawlsianas sólo pueden exigírseles decisiones racional-teleológicas: no es posible un conocimiento moral que exceda el ámbito de los propios intereses; el conocimiento práctico-moral pertenece al haber del teórico, que ha de explicar por que construye la posición original de un modo determinado[20].

Realmente esta crítica de «hobbesianismo» dirigida a la propuesta de Rawls y su dificultad de conciliarlo con el presunto

---

[19] *Ibíd*., 88 ss.

[20] J. Habermas, «Gerechtigkeit und Solidarität», 296-298. Con relación al constructivismo, muy especialmente al rawlsiano, vid. J. Rubio, *El hombre y la ética*, Barcelona, Anthropos, 1987.

kantismo del autor no es precisamente nueva, y, sin embargo, puede quedar paliada por los caracteres que la «justicia como imparcialidad» asigna a las personas morales, que no se limitan al velo de la ignorancia y a la racionalidad, sino que se extienden a todo un cuadro formado por dos facultades morales, dos intereses de orden supremo, un interés de orden superior y, en relación con la autonomía plena, los dos elementos de toda noción de cooperación social -lo racional y lo razonable[21]. Y si, en definitiva, la formación argumentativa de la voluntad nunca puede llevar a un juicio moral sin reservas, salvo que recurramos al experimento mental, ¿que mayor garantía de conocimiento práctico puede proporcionar la ética discursiva si no es contando con una ficción, aunque esté ya siempre contrafácticamente presupuesta?

Por otra parte, tal vez fuera bueno aprender de la cautela rawlsiana en limitar su «justicia como imparcialidad» a una concepción política de la justicia que, en cuanto tal, es moral, y se aplica particularmente a la estructura básica de una sociedad, en su caso, de una democracia constitucional moderna. Habérselas con una doctrina moral comprehensiva, como es el caso del utilitarismo, no sería el objetivo de la justicia como imparcialidad, porque tal concepción reclamaría una concepción del bien y es ésta una visión de totalidad para la que resulta imposible encontrar un «consenso solapante». Es menester plantearse, pues, el problema de lo correcto antes que el de lo bueno, e incluso restringirlo al ámbito político de la justicia de la estructura básica de la sociedad[22].

Ciertamente, también la ética discursiva prescinde de lo bueno en el planteamiento de una ética modesta y mínima, pero, sin embargo, no limita su pregunta por lo correcto a la dimensión jurídico-política de una sociedad. Puesto que la naturaleza de la racionalidad comunicativa -que lleva entrañado el *telos* del

[21] J. Rawls, «Kantiam Constructivism», 528-533.

[22] J. Rawls, «Justice as Fairness: Political not Metaphysical» *Philosophy and Public Affairs*, vol 14, núm. 3 (1985), 224 y 225. La posición de Rawls es defendida también por R. Rorty en el artículo citado en nota 10 y también en «Solidarity or Objectivity?», en J. Rajchman/Cornel West (eds.), *Post-Analytic Philosophy*, New York, Columbia University Press 1986, 3-19. Para Rorty el contextualismo no sería relativista en la medida en que tampoco defiende ninguna teoría de la verdad, únicamente defiende un etnocentrismo, según el cual sobre la verdad o la racionalidad no puede decirse nada allende las descripciones de justificación de una sociedad determinada en un ámbito determinado de investigación. Naturalmente, la ética discursiva pretende ir más allá del etnocentrismo.

lenguaje- muestra el carácter dialógico del *lógos* humano, y puesto que en ella se lee el principio ético, no es la nuestra una concepción de lo correcto aplicada al mundo social, sino la *teoría de lo correcto en general*. Naturalmente, el proceder rawlsiano es constructivista, mientras que la ética discursiva reconstruye los universales del habla, pero entonces cabe preguntar cuál es el lugar de la legislación moral.

En el contexto kantiano, del que la ética discursiva se piensa la más legítima heredera, tampoco la felicidad o el bien subjetivo era objeto de la ética. Pero las leyes morales no tenían por misión asegurar un ámbito de libertad externa para que cada cual pudiera ser feliz a su manera, porque ésta era misión del derecho. La felicidad es un fin del hombre, no del ciudadano, y entre los principios de la constitución civil cuentan la libertad de ser feliz a su manera y la de no aceptar más ley que aquella a la que he podido dar mi consentimiento[23]. Pero es ésta una legislación que pertenece al mundo jurídico y no al moral. ¿No cabe decir que una «ética mínima» ha asumido las funciones que el formalismo kantiano asignaba al derecho, pero sin sustituir -obviamente- al derecho y gozando, por tanto, de un estatuto ambiguo -por no decir inexistente- en tanto que procedimiento?

Según Habermas, tanto las teorías de la justicia que encarnan el punto de vista moral como el procedimiento jurídico descansan en la idea de que la racionalidad del procedimiento ha de garantizar la validez de los resultados que se obtienen de él; pero a partir de aquí empiezan las diferencias[24]. La primera consiste en reconocer la superioridad del derecho sobre la moral, en cuanto tomamos por canon la racionalidad procedimental: el derecho está ligado a criterios institucionales, independientes, lo cual permite comprobar si la decisión se ha tomado siguiendo la regla, aun sin participar en el procedimiento; mientras que la moral exige reconstruir el punto de vista adoptado y su prueba discursiva, para enjuiciar el procedimiento. Pero también el procedimiento moral se nos presenta como imperfecto en cuanto

---

[23] I. Kant, *Gemeinspruch*, VIII, 290 y 291; *Zum ewigen Frieden*, VIII, 349 y 350; *Die Metaphysik der Sitten*, 314.

[24] De considerarlas más detenidamente me he ocupado en «Límites y virtualidades del procedimiento moral y jurídico», que intenta perfilar los límites de la ética discursiva, prosiguiendo una tarea iniciada en las últimas páginas de *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria* (Salamanca, Sígueme, 1985), de *Crítica y utopía*, de *Ética mínima* (Madrid, Tecnos, 1986) y en un reciente trabajo titulado «La reconstrucción de la razón práctica. Más allá del procedimentalismo y el sustancialismo», en *Estudios filosóficos*, núm. 104 (1988), 165-193.

adolece de insuficiencias cognitivas y emocionales. Insuficiencias cognitivas porque no garantiza infalibilidad, univocidad ni tampoco que el resultado se consiga dentro de un plazo determinado; a mayor abundamiento, la aplicación a las situaciones concretas resulta siempre compleja, puesto que nunca existe certeza de haber destacado las cualidades relevantes de la situación. Pero también la moral adolece de una mayor debilidad motivacional que el derecho, porque la reflexión moral exige poner en cuestión lo que son ya evidencias de nuestras formas de vida.

En este último punto la *Moralität*, que se alza con la pretensión de construir una brújula para poner en cuestión las evidencias y costumbres del *ethos* concreto, se encuentra en inferioridad de condiciones con respecto a los defensores de la *Sittlichkeit*, que han incorporado la moral a las instituciones. Satisfacer el ideal de libertad radical, propio de la modernidad, el afán de universalidad y el afán de revisión y crítica, tiene para la moral «interiorizada» el efecto nocivo de una mayor debilidad motivacional. Pero, a mayor abundamiento, yo diría que esta «moralidad» interiorizada del procedimentalismo se encuentra con el inconveniente, frente a la kantiana, de que ya no le importa la intención, sino «que lo bueno acontezca» y, por otra parte, es impotente para lograr que lo bueno acontezca, dada su imperfección como procedimiento.

Y es precisamente este cúmulo de debilidades el que exige «complementar» la moral con el derecho positivo, «absorbiendo sus inseguridades» mediante una regulación que puede imponerse coactivamente. Ciertamente una «ética de la responsabilidad», que no de la intención, sólo puede exigir a sus destinatarios el cumplimiento de las normas si existe garantía jurídica de que van a ser cumplidas. Por eso en algún lugar he planteado si la ética discursiva no cae en lo que Apel llama la «paradoja leninista».

Tras apuntar estas deficiencias de la moral, con el fin de mostrar hasta qué punto es necesario complementarla con el derecho positivo, Habermas sigue, sin embargo, presentándonosla como «un procedimiento público que obedece a su propia lógica y que de este modo controla su propia racionalidad» y también como un factor que no se enfrenta al derecho positivo, sino que se establece en él: algo dotado de un carácter procedimental y valioso para la fundamentación de posibles contenidos normativos.

Sin embargo, este procedimiento público, esta argumentación que carece de límites de espacio y tiempo, que en realidad no corre por cauces institucionales, sino que depende de la espontaneidad

de los componentes de la comunidad real; este diálogo abierto a todos los interlocutores potenciales, pero que en verdad se aproxima a una opinión pública razonante, dirigida sin remedio por los poderes fácticos, ha perdido -a mi juicio- tanto las ventajas de la *Moralität* como las de la *Sittlichkeit*. Porque ya no es el reducto último de un sujeto autónomo que, aun sabiéndose persona gracias a un proceso de socialización, se sabe también sujeto de su intención moral y de su juicio, pero tampoco ha encontrado un lugar institucional en un sistema democrático.

Queda, pues, únicamente esa noción «moral» de justicia como imparcialidad, establecida en el seno del derecho positivo y que le presta el halo de inviolabilidad, heredado del derecho sagrado. También la idea de estado de derecho se beneficia de ella y legitima a su vez al derecho fundado -y aplicado, aunque con matizaciones- según la noción de imparcialidad. Y ciertamente los trazos de la razón práctica moderna son los de una legislación imparcial, pero si sólo importan a la libertad externa, tal vez pueda decirse que es todavía el derecho racional el que presta fuerza obligatoria al positivo, aunque ya no resida «sobre él» sino en su interior.

La argumentación moral ha quedado como uno de esos «diálogos edificantes», que sólo pretenden que la conversación no se interrumpa. Tal vez porque no sea tan sencillo reconstruir al sujeto autónomo desde el socialismo pragmático, cuando es un sujeto semejante -y no el individuo ni la comunidad- la condición sin la que no existe el mundo moral.

CONSTRUCTIVISMO EPISTEMOLÓGICO: ENTRE RAWLS Y HABERMAS

Me propongo defender en este ensayo una cierta concepción sobre el conocimiento moral que llamo «constructivismo epistemológico». Se trata de una concepción según la cual la práctica social es un medio apto para tal conocimiento.

La defensa de este enfoque la haré contrastando el pensamiento de dos grandes filósofos que según creo se aproximan a la posición correcta: John Rawls y Jürgen Habermas. Sin embargo, creo que ninguno de ambos pensadores aciertan a formular exactamente esa posición. Como su leve alejamiento del blanco se produce en direcciones opuestas, el contraste entre Rawls y Habermas es sumamente ilustrativo, pues permite inferir el curso teórico apropiado.

1. Como se sabe, es sumamente controvertido cuál es la auténtica posición meta-ética de Rawls, vale decir cuál es para este autor el fundamento final de sus dos famosos principios de justicia (el principio de prioridad de la libertad, que prescribe una distribución igualitaria de derechos civiles y políticos y el principio de diferencia que sólo permite desigualdades económicas y sociales en la medida en que estén adscritas a cargos abiertos a todos y que vayan en beneficio de los miembros menos favorecidos de la sociedad).

La incertidumbre sobre la posición meta-ética de Rawls está producida por el hecho de que en la teoría de la justicia apela para fundamentar sus dos principios de justicia a prácticamente todos los recursos, excepto el teológico, que se han ensayado en la historia de la filosofía para fundamentar intersubjetivamente principios morales: el consentimiento, el auto-interés, las intuiciones y los presupuestos formales del razonamiento moral. Es más, la obra de Rawls ha estimulado a diversos filósofos a desarrollar con más profundidad cada una de estas alternativas de justificación moral[1].

[1] Gauthier: Desde el punto de vista del autointerés, *Morals by agreement*, Oxford, 1986. Desde el consentimiento: *a)* D. Richards, *A theory of reasons for action*, Oxford, 1971; *b) Buchanan, James and Tullock Gordon*, *The calculus of consent*, Michigan, 1962. Morton White, desde el punto de vista de las intenciones: *What is and What ought to be done*, Oxford University Press, 1981.

El recurso al consentimiento es el más explícito, dado la insistencia de Rawls en afiliar su teoría al contractualismo. Como se sabe, él sostiene que sus dos principios de justicia son principios que serían aceptados por unanimidad en una situación hipotética que él llama «posición originaria»: ella se define por rasgos de los sujetos -son racionales, auto-interesados, conocen los hechos generales pero están bajo un «velo de ignorancia» respecto de los hechos particulares de ellos y de su sociedad -y por algunos rasgos del contexto social- lo que Rawls llama «las circunstancias de justicia», especialmente la escasez moderada de recursos.

Pero también en esta presentación Rawls parece recurrir al auto-interés como fundamento de sus principios, cuando presenta su construcción como un teorema en la teoría de la decisión racional[2]. La concepción de racionalidad como maximización de la propia utilidad empleada en esta teoría, y también en importantes áreas teóricas de la economía, parece estar subyacente a la posición originaria, ya que los sujetos eligen los principios de justicia, siendo egoístas racionales, sobre la base de su interés en maximizar su acceso a «bienes primarios» (aquellos bienes, como la libertad y los recursos económicos, que todos quieren cualquiera sea su plan de vida) y empleando el principio de prudencia racional denominado «maximin» (el que prescribe elegir en situaciones de incertidumbre el estado de cosas cuya peor posición sea menos mala que las peores posiciones de arreglos alternativos).

Asimismo, el recurso a las intuiciones por parte de Rawls es también explícito. Todos sabemos que él sostiene que la posición originaria permite derivar principios que serían aceptables en un equilibrio reflexivo que se obtiene luego de ajustes mutuos entre principios generales que parecen *prima facie* plausibles e intuiciones sobre la justicia e injusticia de soluciones para casos específicos, abandonando las soluciones más débiles que no se compadecen con principios plausibles y reformulando los principios que no permiten homologar las intuiciones más fuertes. Dado que Rawls dice explícitamente que la posición originaria se manipula para que arroje resultados aceptables[3], las intuiciones parece ser el último tribunal de apelación sobre la validez de sus principios; al menos sus intuiciones y las de su lector[4]. Incluso en

[2] J. Rawls, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, España, 1978.

[3] *Op. cit.*

[4] *Op. cit.*

sus últimos trabajos Rawls parece extender y, tal vez modificar la relevancia de las intuiciones, ya que en ellos Rawls declara que el papel de la teoría política es llegar a un «consenso sobrepuesto» entre concepciones vigentes en una cultura democrática, cosa que él cree que está expresado en sus principios. Sin embargo, no vamos a ocuparnos aquí de estas últimas obras de Rawls, en la que parece haber modificado posiciones cruciales defendidas en *La teoría de la justicia*[5].

Por último, el recurso menos explícito que emplea Rawls para fundamentar sus principios es el que consiste en acudir a presupuestos formales del discurso moral. No obstante, este recurso sale también a la superficie en algunas ocasiones: cuando Rawls sostiene que los principios de justicia deben satisfacer ciertas restricciones formales -como las de generalidad, universalidad, publicidad, finalidad, etc.-, cuando sostiene que el rol de la teoría moral es describir nuestra capacidad moral, de juzgar cosas como justas o injustas y de apoyarnos en razones (46), y que cada uno tiene en sí mismo la forma completa de una concepción moral (50), cuando dice que las condiciones de la posición originaria son aceptadas de hecho por nosotros (21), cuando sostiene que la derivación de principios de la posición originaria es un caso de justicia procesal pura (120), etc. Aunque otros trabajos de Rawls quedan fueran de los límites de esta comparación, no puede dejar de mencionarse que en su trabajo de transición *Kantian Constructivism*, el autor es explícito en que los procedimientos por los que los primeros principios son elegidos deben ser adecuadamente fundados en el razonamiento práctico, que no hay otros hechos morales aparte del procedimiento de construcción de los principios, y que la verdad de los juicios morales está consiguientemente definida por tal procedimiento.

A pesar de las apariencias e interpretaciones corrientes, creo que la reconstrucción más plausible del punto de vista metaético subyacente a *La teoría de la justicia* es la que da exclusividad justificatoria a este último recurso, a los presupuestos formales del razonamiento moral, interpretando los otros recursos como derivados de aquél. Creo que esta reconstrucción no sólo permite absorber adecuadamente las afirmaciones sobre aspectos formales del discurso moral a las que acabo de aludir, sino que también permite explicar las referencias a los otros recursos justificatorios mejor que si se diera prioridad a cualquiera de éstos,

[5] *Op. cit.*

y sobre todo permite obviar las claras deficiencias de tales otros recursos justificatorios.

En efecto, creo que la idea de un consentimiento que justifique arreglos sociales de los que surjan obligaciones presupone la existencia de principios válidos que toman a decisiones o acciones voluntarias como antecedentes de consecuencias normativas, por lo que el consentimiento no puede servir para justificar principios *últimos*[6]. Por otro lado, como muchas veces se ha dicho[7], un consentimiento *hipotético* no puede proveer una justificación categórica de principios o instituciones. En relación a la elección racional fundada en el auto-interés, además de sus inconvenientes intrínsecos que creo difícilmente superables[8], el recurso a ella parece estar neutralizado por Rawls debido a que, si bien los seres en la posición originaria son egoístas, el velo de ignorancia les impide conocer quiénes son y cuáles son sus intereses. Si alguien es auto-interesado pero no sabe quién es y qué quiere, la referencia del prefijo «auto» desaparece. Como dice Hare[9] la presuposición de egoísmo y de ignorancia es equivalente a la de imparcialidad y conocimiento. Por último, en cuanto al recurso a las intuiciones en el marco del equilibrio reflexivo, parece poco plausible cuando las intuiciones no se toman como percepciones de alguna realidad ulterior, sino como una materia prima básica que bien puede ser la resultante de un condicionamiento social, cultural, propagandístico, etcétera. Esto se agrava si no se reconoce a los principios generales una fuente independiente de plausibilidad, por lo que sólo quedan las intuiciones girando en el vacío.

En cambio, cuando partimos de la base de que en el Rawls de *La teoría de la justicia* el fundamento justificatorio básico está dado por presupuestos formales del razonamiento moral (aunque no puede excluirse, por más que Rawls ahora lo niegue, que ellos se unan a presupuestos valorativos sustantivos como la autonomía) todas las piezas comienzan a encajar adecuadamente. La posición originaria se convierte en una dramatización de esos presupuestos formales, o en un recurso de representación como el mismo Rawls dice[10]. El contrato hipotético hace alusión

---

[6] C. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires.

[7] R. Dworkin, en Norman Daniels (eds.), *Reading Rawls*, Basil Blackwell, Oxford, 1975.

[8] C. Nino, *Ética y Derechos Humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1985.

[9] Hare, «Rawls's Theory of Justice», en Norman Daniels (eds.), *Reading Rawls*, Basil Blackwell, Oxford, 1975.

[10] J. Rawls, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica.

a un presupuesto de razonamiento moral según el cual los principios generales, universales, etcétera, son válidos cuando serían unánimemente aceptables por todos los interesados en ciertas condiciones ideales. El recurso al auto-interés una vez combinado con el velo de ignorancia tiene sólo el valor heurístico de permitirnos determinar más fácilmente qué restricciones impone a nuestro razonamiento moral la exigencia subyacente de imparcialidad, que, junto con las de racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes, es una de esas condiciones ideales. Finalmente, las intuiciones pueden tener un valor indicativo si se las considera como expresiones de la «forma de la teoría moral que cada uno tiene en sí mismo», y sirven, por tanto, como indicios de la aplicación de presupuestos formales del razonamiento a juicios sobre casos concretos.

Si esta visión de la teoría de Rawls, que la aproxima a la de Kant mucho más estrechamente que los enfoques alternativos, fuera plausible, podríamos sostener que ella incluye una cierta caracterización de la verdad en materia moral: *un juicio moral es verdadero cuando él deriva de un principio que sería aceptado en la posición originaria, vale decir él deriva de un principio general, universal, público, final, etc., que sería aceptado unánimemente en condiciones de imparcialidad, racionalidad, conocimiento de los hechos relevantes, etc.* (aquí por supuesto, reemplazarnos los recursos heurísticos de Rawls por las que consideramos que son las verdaderas exigencias que ellos están destinados a captar y a sustituir operativamente).

Rawls no es para nada explícito sobre cuál es el método o el procedimiento apropiado sobre la forma de *conocer* este tipo de verdad moral. Aparentemente, él asume que la reflexión individual como la que él mismo emprende en *La teoría de la justicia* es un método adecuado para tener acceso a la verdad en materia moral, por lo menos en el ámbito de la justicia.

Tal vez el equilibrio reflexivo, una vez que es descalificado como un procedimiento constitutivo de la verdad moral, puede ser plausiblemente concebido como un posible método de acceso a la verdad en el marco de la reflexión individual. En efecto, el ajuste recíproco entre principios generales y convicciones particulares ya no oscila en el vacío cuando concebimos a las intuiciones no sólo como juicios particulares que deben deducirse de los principios generales que terminemos aceptando, sino que, por su carácter más espontáneo que el de la formulación de tales principios, pueden ser indicativas de la aplicación de presupuestos formales del razonamiento que sirven de filtro de principios inválidos. Por ejemplo, la intuición de que el dolor que se le

causa a Juan no puede estar justificado sólo por el mayor placer que ello provoca a Pedro, puede ser indicativa de que nuestro razonamiento práctico presupone una construcción de la imparcialidad a partir de la separabilidad de las personas, lo que quizás permite descalificar un principio agregativo como el del utilitarismo. Es también posible, por supuesto, que una intuición particular que se opone a un principio que parece superar los filtros formales no sea indicativa de lo contrario, por lo que debería ser abandonada en favor del principio.

Sea o no a través de este método de equilibrio, lo cierto es que parece que en el marco del enfoque de Rawls la reflexión individual permite acceder a la verdad moral, definida a partir de la satisfacción de ciertas exigencias como las de imparcialidad o universalidad.

Esto no excluye, por supuesto, que el intercambio de opiniones con otros no tenga en la teoría de Rawls algún valor espistémico. Lo contrario implicaría negar que, por ejemplo, las reflexiones que el propio Rawls hace en su libro tengan algún valor para nosotros. Por cierto, que todos nos beneficiamos con el resultado de la reflexión de otros, ya que se supone que compartimos, por lo menos parcialmente, los mismos presupuestos y esquemas conceptuales y las mismas posibilidades de acceso a los hechos por medio de la observación. Pero probablemente Rawls mantendría que uno debe guiarse finalmente por el resultado de la propia reflexión, ya que él parece adoptar, como Kant, un concepto de autonomía que incluye la idea de que en materia moral cada uno es su propia autoridad epistémica. Dada la estructura de nuestro razonamiento práctico esto parece inevitable, ya que no podemos aceptar los mandatos de otra autoridad -por ejemplo, un legislador- sin reconocerla como tal, y esto implica un juicio de *nosotros mismos* de que debemos hacer lo que esa autoridad dispone. Obedecer a otro siempre parece implicar seguir nuestras propias razones, sean éstas morales o prudenciales[11].

Cuando Rawls trata el tema de la justificación de la democracia, entendida como regla de la mayoría, pone más en claro su individualismo epistemológico. Allí sostiene terminantemente que «no hay nada que abone la opinión de que lo que la mayoría quiere es correcto» (pág. 356). Rechaza la posibilidad de aplicar el teorema de Condorcet para justificar que cuanto más gente apoya una solución más probable es que ella sea correcta, sosteniendo

[11] C. Nino, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.

que ello presupone que es más probable que la opinión de cada partícipe en la decisión sea correcta que incorrecta y que los votos de las diferentes personas sean independientes o que no se influyan mutuamente; Rawls opina que ninguna de las dos condiciones se dan necesariamente en un procedimiento democrático.

Sin embargo, Rawls reconoce a continuación que la discusión entre muchas personas tiene efectos beneficiosos, puesto que refrena nuestra parcialidad (no en una discusión ideal en que se supone que los partícipes son imparciales), amplía nuestra perspectiva y nuestros conocimientos y permite detectar errores de razonamiento.

No obstante, es poco claro a qué materia se podría aplicar este beneficio que entraña la discusión colectiva inherente al sistema democrático para la determinación de soluciones correctas. Toda la materia regida por el primer principio referido a la libertad e incluso todo lo que hace al valor de esta última (pág. 356), que está dado por el segundo principio, condiciona al procedimiento de decisión y discusión democrática y no está supeditada a sus resultados. Es cierto que luego Rawls reconoce (pág. 362) que los principios de justicia, sobre todo el de diferencia, dejan abiertas una serie de determinaciones -como el porcentaje de ahorro y el peso relativo de diferentes bienes primarios como el de auto-respeto- y que esas indeterminaciones deben ser resueltas por el procedimiento democrático. Pero en este caso, el mérito de la discusión y decisión democrática no consiste en permitirnos aproximarnos al conocimiento de la solución correcta sino en *constituir* esa solución correcta como si fuera un caso de justicia procesal pura. No obstante Rawls aclara que no se trata literalmente de un caso de ese tipo ya que no es que el procedimiento defina estrictamente la solución correcta, sino que los que están en desacuerdo con la decisión mayoritaria no pueden convencer a los demás en el marco de la concepción pública de la justicia (pág. 362).

Todo esto es muy confuso, ya que Rawls parece advertir que debe dejar un área de la moral en que la discusión y decisión mayoritaria tienen alguna relevancia para la corrección de las soluciones, aunque oscila entre dar a esa discusión y decisión valor constitutivo o valor epistemológico o ningún valor, por más que estemos obligados a acatar sus resultados por otras razones (dice expresamente que el hecho de que un ciudadano deba cumplir con la decisión mayoritaria no implica que debe considerarla justa y que sería errado para él que supeditara su juicio a ese voto [pág. 360]).

De cualquier modo, dado que todo lo que hace al primer principio de prioridad de la libertad e incluso al valor de ésta, que está dado por el acceso a los recursos económicos y sociales regulado por el segundo principio, condiciona a la discusión y decisión democrática, no hay duda sobre el individualismo epistemológico de Rawls sobre una amplísima y prioritaria área de la moral. En todo lo que hace a la determinación de los derechos civiles y políticos de los individuos y tal vez incluso a sus derechos económicos y sociales, la reflexión individual es soberana y la discusión y decisión colectiva tiene un valor meramente auxiliar. Esto no debe confundirse, por supuesto, con la relevancia de los procedimientos ideales de decisión constituidos por la posición originaria en sus cuatro estadios: esos procedimientos son constitutivos de la verdad en materia moral, ya que, como vimos, reflejan restricciones formales del razonamiento práctico. Pero a esa verdad se llega, conviene insistir, a través de una reflexión individual efectiva que determine cuál sería el resultado del procedimiento colectivo ideal.

2. Como en el caso de Rawls, para referirme a la posición de Jürgen Habermas tendré en cuenta una sola obra: su largo ensayo *Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación*[12], en el que expone con claridad no habitual los lineamientos de su posición sobre fundamentación de la ética.

Allí Habermas se apoya en Strawson[13] para mostrar que la justificación de juicios morales y el reproche basados en ellos es parte de una práctica social que pervade buena parte de nuestra vida y de los intercambios con otros. Es como parte de esa práctica que se predica verdad o falsedad de los juicios morales cosa que no se hace de los mandatos o decisiones. Sin embargo, esta predicación de verdad en el caso de las normas tiene un carácter distinto a la de las proposiciones descriptivas -con lo que el discurso práctico se distingue del teórico-, debido a que las normas se interponen entre los actos de habla y la realidad empírica. Según Habermas entre la existencia de relaciones objetivas y la veracidad de los enunciados aseverativos correspondientes se da una relación interna que no se da entre las relaciones objetivas y las expectativas normativas; esta diferencia es lo que justifica que las condiciones de validez de los juicios morales dependa de una lógica del discurso práctico, mientras que los

[12] Véase J. Habermas, «Ética del discurso», en *Conciencia moral y acción comunicativa*, traducción R. García Toledano, Barcelona, 1985.

[13] Strawson, *Op. cit.*, cap. I.

juicios empíricos requieren reflexiones cognitivas que son independientes de la lógica de los discursos teóricos.

Habermas sostiene que el discurso práctico está constituido por las interacciones comunicativas a través de las cuales los participantes coordinan sus planes de comportamiento, argumentando a favor o en contra de diferentes pretensiones de validez con el fin de obtener un cierto consenso acerca de ellas. El principio puente que permite la formación de ese consenso, sirviendo como regla de argumentación es el principio de universalización. Esta no es una mera exigencia gramatical o de consistencia, sino de *imparcialidad*. Ella estipula que una norma moral es válida en la medida en que puede ganar el asentimiento de todos los afectados.

Habermas se hace cargo de las dificultades para fundamentar este principio de universalización sin caer, como señala Albert[14], en el trilema de Münchhausen: o bien un regreso al infinito, o una justificación circular o un corte dogmático en la justificación. Sostiene Habermas que ese trilema se puede eludir si desechamos una concepción deductivista de la fundamentación y siguiendo a Apel buscamos una fundamentación pragmática-trascendental que se apoya en los presupuestos del discurso práctico. Para ello debemos recurrir al concepto de realización contradictoria (o inconsistencia práctica) que se da cuando una acción de habla referida a la proposición p descansa sobre presupuestos que contradicen a p. Esto constituye un argumento «duro» en la medida en que, como dice R. S. Peters[15], se trate de discursos tan generales que no cabe sustituirlos por equivalentes funcionales. Habermas intenta mostrar que cuando argumentamos para convencer a otros presuponemos necesariamente el principio de universalización entendido como imparcialidad. Una serie de reglas más específicas de la argumentación que han sido señaladas por autores como Alexy[16] implican ese principio general.

Según Habermas, un escéptico sólo podría librarse de este presupuesto si se aparta de la comunidad de quienes argumentan. Pero no hay una sola forma vital socio-cultural en el mundo que no esté conectada, por lo menos implícitamente, a una prosecución de la acción comunicativa, por muy rudimentaria y poco institucionalizada que sea. Si alguien pretendiera alejarse

[14] Albert (v. Habermas, *op. cit.*).

[15] Peters (v. Habermas, *op. cit.*).

[16] Alexy (v. Habermas, *op. cit.*).

durante un tiempo prolongado de los contextos de acción orientada hacia el entendimiento, se sumiría en un aislamiento tal que se expondría a la esquizofrenia y al suicidio.

Habermas sostiene que el postulado de la universabilidad produce una censura entre lo bueno y lo justo, ya que las cuestiones sobre la vida buena, que constituyen una parte componente de nuestra identidad no pueden ser racionalmente discutibles si no es dentro de cierta forma o estilo de vida.

Este marco general de la concepción metaética de Habermas permite ubicar su posición respecto de la verdad de los juicios morales y del conocimiento de esa verdad. Habermas critica explícitamente a Rawls por suponer que el postulado de imparcialidad se encuentra satisfecho cuando quien formula el juicio moral se sitúa ficticiamente en la posición de cada uno de los afectados; Rawls cree que cada uno, incluyendo por supuesto a un filósofo moral como él mismo puede acometer por su cuenta el intento de justificar las normas fundamentales. Rawls concibe a su propia investigación, no como un aporte a la argumentación, sino como el resultado de una teoría de la justicia. Habermas sostiene, en cambio, que la tarea de la argumentación moral no se puede superar de modo monológico sino que requiere un esfuerzo cooperativo.

Según Habermas, la fundamentación de normas requiere «la realización de un discurso *real* que, *en último término*, no es monológico, no tiene nada que ver con una argumentación que se formulara hipotéticamente en el fuero interno» (pág. 88).

En la defensa de esta tesis Habermas entra en polémica con Ernest Tugendhat[17], quien sostiene que si es cierto, como él cree que lo es, que el postulado de la universalidad no es un criterio semántico sino pragmático y está destinado en consecuencia a ser usado no en el razonamiento monológico, sino en un discurso intersubjetivo real en el que todos los afectados deben determinar si una norma es igualmente buena para ellos, entonces éste no es un postulado para la formación del juicio sino de la voluntad. Tugendhat concibe al discurso como un medio de garantizar que, a través de las reglas de comunicación, todos los afectados tengan la misma oportunidad de participar en una solución de compromiso equitativa, una solución que todos acepten autónomamente. Pero Habermas sostiene que la idea de imparcialidad no puede reducirse a un equilibrio de poderes, requiere el juicio imparcial sobre los intereses de todos los afectados. «En el discurso práctico, los afectados intentan poner en

[17] Tugendhat (v. Habermas, *op. cit.*).

claro un interés común mientras que al negociar un acuerdo pretenden compensar intereses particulares y contrapuestos» (pág. 94). Según Habermas, cuando Tugendhat asimila la argumentación con los procesos de formación de la voluntad tiene que pagar el precio de no poder distinguir la validez de la vigencia de las normas morales, ya que el acuerdo efectivo resulta decisivo para la validez de las normas. A esto contrapone su posición según la cual la validez de las normas expresa una voluntad compartida que se remite a un interés general discernible discursivamente.

Estas afirmaciones de Habermas parecen ubicarnos en una posición que, como he sugerido al principio, se podría denominar «constructivismo epistemológico» y que consiste en sostener que si bien la validez de los juicios morales no está dada por el *resultado* del discurso real sino por sus presupuestos, ese resultado es una forma confiable de conocer los principios válidos. Esto parece estar confirmado por una frase de este tenor de Habermas: «[El discurso práctico] es en realidad un procedimiento no para la producción de normas justificadas, sino para la comprobación de la validez de normas propuestas y establecidas con carácter hipotético» (pág. 128).

Sin embargo, hay otras frases de Habermas que parecen colocarlo en una posición más radical que puede denominarse «constructivismo ontológico»: la posición de que es la validez misma de los principios morales y no el mero conocimiento de esa validez la que se construye con el resultado de la discusión real cuando ella satisface ciertas condiciones. Así Habermas dice, casi a continuación del párrafo anterior que parece apuntar en la otra dirección, que «[los contenidos] se elaboran de tal manera en el discurso que, al final, desaparecen los puntos de vista valorativos que no son susceptibles de acuerdo por consenso» (pág. 129). Asimismo, Habermas sostiene que de «conformidad con la ética discursiva una norma únicamente puede aspirar a tener validez cuando todas las personas a las que afecta consiguen ponerse de acuerdo en cuanto *participantes en un discurso práctico* (o pueden ponerse de acuerdo) en que dicha norma es válida» (pág. 86). También afirma: «Esta transferencia [del discurso a la acción] no se puede demostrar de la forma en que lo intentan Peters y Apel extrayendo de los presupuestos de la argumentación de modo inmediato normas éticas fundamentales. Las normas fundamentales del Derecho y de la moral no forman parte en modo alguno del campo de la teoría moral; deben considerarse como contenidos precisados de fundamentación en los discursos prácticos. Dado que las circunstancias históricas varían,

cada época arroja su propia luz sobre las ideas fundamentales práctico-morales. En todo caso, en tales discursos hacemos uso siempre de las reglas de argumentación de contenido normativo; y *éstas* [no las normas morales] son las que pueden deducirse de modo pragmático trascendental» (pág. 109). Finalmente, Habermas sostiene: «Todos los contenidos, incluso aunque afecten a normas de acción fundamentales, han de hacerse dependientes de discursos reales (o, en sentido sustitutorio que se realizan en sentido advocatorio). El teórico moral puede participar en ellos como afectado y, en su caso, como experto, pero no puede dirigir por *su cuenta* tales discursos. Una teoría que se extiende a ámbitos de contenido, como la teoría de la justicia de Rawls, debe entenderse como una aportación al discurso que se da entre los ciudadanos...» (pág. 118).

En síntesis, Habermas coincide con Rawls en que hay presupuestos formales, como el de la imparcialidad, que son decisivos para la validez de principios morales. Pero, mientras para Rawls ellos son presupuestos formales del razonamiento moral monológico, para Habermas, ellos son reglas de una práctica social de discurso intersubjetivo. Además, en tanto que para Rawls la validez de los principios morales está dada por la satisfacción de la exigencia de imparcialidad, entre otras, independientemente de que alguien determine que ella está satisfecha, hay razones para pensar que para Habermas esa validez requiere que se haya constituido un consenso de hecho empleando la regla de la imparcialidad. Finalmente, mientras para Rawls parece que uno puede llegar por vía de reflexión individual a la conclusión de que un principio moral es válido, aunque la discusión puede cumplir un rol auxiliar, es claro que para Habermas esto es imposible y que sólo la discusión colectiva, la «búsqueda cooperativa de la verdad» es una vía de acceso confiable al conocimiento moral.

3. En el marco de lo que confusa y vagamente se suele denominar «formalismo», «contractualismo», «constructivismo» o «kantianismo» se pueden distinguir al menos tres tesis ontológicas sobre la constitución de la verdad moral y al menos tres tesis epistemológicas sobre el conocimiento de esa verdad moral. Veamos primero las tesis ontológicas:

O1: La verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de todo individuo, en especial el de que un principio moral es válido si es aceptable o no rechazable por todos en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes.

O2: La verdad moral se constituye por presupuestos formales o procedimentales de una práctica discursiva social destinada a cooperar y evitar conflictos sobre la base de la convergencia de acciones y actitudes dada por el consenso en la aceptación de principios para guiar la conducta. Entre esos presupuestos de la práctica social del discurso moral está el de que un principio es válido cuando es aceptable o no rechazable por todos en condiciones de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos.

O3: La verdad moral se constituye por el consenso que resulta efectivamente de la práctica real de la discusión moral cuando ella es llevada a cabo siguiendo restricciones procedimentales de los argumentos como el de que un principio propuesto debe ser aceptable o no rechazable por todos bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento.

Veamos ahora las tesis epistemológicas:

E1: Al conocimiento de la verdad moral -que puede estar constituida de acuerdo a O1, O2 u O3 pero es sobre todo relevante en los casos O1 y O2- se accede sólo mediante reflexión individual que, empleando un método de equilibrio reflexivo u otra alternativa, determine si se da la relación apropiada entre presupuestos formales y principios substantivos (y, en el caso de O3, si se da el consenso efectivo, lo que tendrá que determinarse por observación). La discusión con otros es un auxiliar útil de la reflexión individual, pero en última instancia es inescapable que actuemos de acuerdo a los dictámenes finales de esta última.

E2: La discusión y la decisión intersubjetiva es el procedimiento más confiable de acceso a la verdad moral (sobre todo cuando está constituida por O1 y O2), ya que el intercambio de ideas y la necesidad de justificarse frente a los demás no sólo amplía el conocimiento y permite detectar fallas de razonamiento sino que, principalmente, permite determinar la satisfacción del requisito de atención imparcial de los intereses de todos, bajo el presupuesto de que no hay mejores jueces de los intereses involucrados que los mismos afectados que participan en el proceso colectivo de discusión. Sin embargo, esto no excluye que por vía de la reflexión individual alguien pueda acceder al conocimiento de soluciones correctas, aunque hay que admitir que este método es mucho menos confiable sobre todo por la dificultad para representarse fielmente los intereses de los demás y ser, por lo tanto, imparcial.

E3: El método de discusión y decisión colectiva es la única vía posible de acceso a la verdad moral en el área de justicia, ya que siempre la reflexión monológica se halla distorsionada por

prejuicios del individuo en favor de sí mismo, Por su condicionamiento contextual y por la dificultad insalvable de ponerse «en los zapatos de otro». Sólo el consenso efectivo obtenido luego de un amplio debate con las menores exclusiones, manipulaciones y desigualdades posibles es una guía confiable para acceder las exigencias de la moral.

Como vimos, Rawls parece sostener la tesis O1 como caracterización de la verdad moral. En efecto, en *La teoría de la Justicia* el aspecto de práctica social del discurso moral no es absolutamente relevante para las reglas que definen la validez de los principios morales. Aunque todo este desarrollo es sumamente parco y oscuro, Rawls parece suponer, a la Kant, que «la forma de la teoría moral es algo que cada uno tiene en sí mismo» y que se puede ejemplificar con él y con su lector. No parece que sea tampoco relevante para constituir la verdad moral las reglas del *discurso* monológico sino algo más abstracto e inmaterial que él llama «razonamiento práctico». En obras ulteriores, que aquí como dijimos, no son centralmente tomadas en cuenta, Rawls parece estar más atraído por dar a las prácticas sociales un lugar central, aunque no discrimina entre la práctica del discurso moral y otras prácticas de «una cultura democrática» cayendo tal vez en un convencionalismo), sólo muy recientemente[18] Rawls parece estar prestando atención a algo más circunscripto, que sintética y enigmáticamente llama «razón pública libre».

En cuanto a su posición epistemológica Rawls, como vimos, parece aceptar E1 aunque -sobre todo en su sección sobre democracia- coquetea tímidamente con E2, la tesis que he denominado «constructivismo epistemológico», para terminar rechazándola, principalmente en lo que se refiere a la determinación de las libertades básicas.

En el caso de Habermas su posición en cuanto a la constitución de la verdad moral parece ser, como acabamos de ver, O3, ya que en diversos párrafos sostiene que no hay principios morales válidos sino como resultado de una discusión moral real llevada a cabo respetando (a exigencia de imparcialidad, que sí puede determinarse *a priori* de esa discusión. Esto es lo que he llamado «constructivismo ontológico». Sin embargo, hay otras frases, y sobre todo, la discusión con Tugendhat que parecen acercar a Habermas a la tesis O2, según la cual la validez de los principios de justicia está dada por los presupuestos y no por los resultados de la práctica de la discusión moral.

[18] J. Rawls, *Free Public Reason*. Sin publicar.

En cuanto a la cuestión epistemológica, no hay duda de que Habermas es un decidido partidario de E3, En efecto, solamente es posible interpretar los párrafos que parecen apoyar a O3 como si fueran compatibles con O2 si se sostiene que ellos sólo endosan la tesis E3, o sea, la tesis de que el conocimiento moral sólo se obtiene por la discusión efectiva entre todos los afectados. Los párrafos sobre Rawls son tan terminantes como para descalificar no sólo a E1 sino también a E2: es decir, esos párrafos implican que en ningún caso se puede alcanzar la verdad moral por vía de la reflexión individual, sino a lo sumo, hacer un aporte a la discusión colectiva.

Creo que las tesis más plausibles sobre la constitución y el conocimiento de la verdad moral son O2 y E2, o sea, tesis intermedias entre las de Rawls (que defiende O1 y se inclina por E1, aunque con una leve simpatía por E2) y Habermas (que se inclina por O3, aunque con cierta confusión con O2, y defiende E3).

En el plano ontológico, creo que es una grave deficiencia de Rawls, y de su mentor en esta interpretación Kant, que defiende E1, el no incorporar a su enfoque el aspecto de práctica social del discurso moral. Esta incorporación permite hacerse cargo de algún punto fuerte del relativismo respecto de variaciones en cuanto a la práctica de la argumentación moral, sin caer en el callejón sin-salida en el que nos introducimos cuando relativizamos los juicios moral substantivos. Por otra parte, el concentrar nuestra atención en una práctica social permite centrar con una base empírica a partir de la cual inferir las reglas y criterios de hecho presupuestos en aquella práctica. Esto es sobre todo plausible si tomamos en cuenta que esta práctica social tiene funciones manifiestas y latentes -como las de obtener coordinación a través del consenso- y que muchos de los presupuestos formales están adaptados a esas funciones. Finalmente, tomar como base la práctica social efectiva del discurso moral es especialmente importante si uno debe admitir que el discurso tiene presupuestos valorativos substantivos, como el principio de autonomía, ya que ello impide que se alegue que en la defensa de ese principio se incurre en una *petitio principii*.

En relación a la posición O3, que Habermas parece sostener, creo que por más que algunos consensos efectivos puedan ser descalificados sobre la base del no respeto del postulado de la universalización, en definitiva termina cayendo en un convencionalismo moderado y en la confusión, que él imputa a Tugendhat, entre validez y vigencia. Si el postulado básico está respetado no se ve cómo puede elegirse entre varios posibles consensos y criticarse el efectivamente adoptado en favor de

otro. Si el postulado de la universalización fuera tan rico como para permitir un solo consenso, esto implicaría caer en O2, ya que la posición válida estaría definida con antelación a su adopción. Todo esto se relaciona con otro problema más básico: O3 no parece reflejar adecuadamente la fenomenología de la discusión moral, ya que ella consiste, como Rawls y Habermas enfatizan, no en expresar intereses personales, sino principios o pretensiones de validez. Ahora bien, los participantes en la discusión no podrían defender una u otra propuesta como válida si la validez dependiera por definición del *resultado* de la discusión. Tampoco tiene sentido el *ofrecer* un principio para la discusión y la decisión si no se alega que hay razones en su apoyo, que es válido, sobre todo cuando se excluye el mero alegato de que va en interés del ofertante. Esto, por supuesto, se aplica también a la concepción de Rawls en la medida que sostiene que las indeterminaciones de los principios de justicia, sobre todo del de diferencia, deben ser resueltas a través del sistema democrático casi como un caso de justicia procesal pura. En síntesis, O3 tiene una tendencia a desembocar en un convencionalismo conservador en cuanto al resultado de la discusión y en una visión de ella como mero choque de intereses en cuanto a su trámite.

O2 parece, en cambio, absorber lo mejor de los dos mundos. Como O3 se beneficia de la base empírica inherente a su carácter de práctica social con lo que se rompe la circularidad del equilibrio reflexivo, pero no queda atado a los resultados contingentes del consenso efectivo. El que la verdad moral quede definida por sus resultados efectivos permite explicar la argumentación como intentos de conformar estos resultados a aquellos presupuestos. Entre los presupuestos hay posiblemente principios substantivos como el de autonomía del que se pueden deducir juicios morales y reglas procedimentales como la de la imparcialidad, que sirve de filtro de principios y sólo genera éstos en la forma dinámica en que una norma de competencia como las cláusulas constitucionales sobre el poder legislativo, generan leyes.

Si pasamos ahora al plano epistemológico, advertimos que E1, que parece la posición por la que se inclina Rawls, tiene inconvenientes muy serios. Si nuestra reflexión individual es nuestra única forma de acceso a la verdad moral, ¿para qué habríamos de seguir los dictados de una autoridad, aunque ésta sea legítima -como cuando tiene origen democrático- en los casos en que esos dictados se opongan a las conclusiones de esta reflexión? Esta duda es el germen del anarquismo filosófico o de la dictadura ilustrada, según el hecho contingente de que quien se deja guiar por su reflexión individual tenga o no fuerza para

imponer sus resultados (que seguramente no son sólo autorreferentes). No por casualidad muchos juristas rawlsianos favorecen un amplio poder de los jueces para descalificar las leyes dictadas democráticamente (como dice Walzer[19], los jueces son los nuevos reyes filosóficos de este tipo de concepción). Esta dificultad de pasar de la autonomía de la moral a la heteronomía del derecho no se salva simplemente diciendo que nuestra reflexión individual nos puede dar razones para obedecer lo que otro ha prescrito, ya que no siempre nos da esas razones y también nos puede dar razones más fuertes en contra de lo prescrito.

Estas deficiencias de E1 dan apoyo a E3 que es la posición de Habermas en caso de que no sea O3. Ella sostiene que tenemos razones para observar lo que surge de la discusión y decisión colectiva, ya que ella es el único método confiable para hallar soluciones moralmente correctas, mientras que la reflexión individual no lo es. De este modo, nuestra reflexión filosófica no moral nos indica que el único método de conocimiento moral es la discusión colectiva. Esto es así no sólo por el beneficio usual de la ampliación de nuestro conocimiento y la detección de nuestros errores de razonamiento que puede prever el intercambio de ideas -lo que sería meramente auxiliar de la reflexión individual-, sino porque en materia moral hay una exigencia que sólo puede detectarse en forma cooperativa, la de imparcialidad. Si partimos de la base de que nadie conoce mejor sus propios intereses que uno mismo y que la expresión de esos intereses tiene un carácter constitutivo del balance de preferencias en conflicto, entonces sólo mediante la efectiva participación de los interesados en el procedimiento de decisión se asegura esa imparcialidad. Cuando se trata del discurso moral originario que sólo se resuelve por consenso unánime, esa imparcialidad parece estar garantizada puesto que la unanimidad es su equivalente funcional. En cambio cuando el discurso moral se institucionaliza y es reemplazado, por razones operativas, por su sucedáneo regimentado que es la democracia como regla de la mayoría, hay que argumentar más para probar que ella garantiza, aunque sea en menor grado, la imparcialidad. Mi impresión es que ella lo hace, contrariamente a lo que dice Rawls, respecto del impacto de la no independencia del voto sobre la imparcialidad, a partir de la restricción que implica la obligación de *justificar* el propio voto frente a los demás (que descalifica obvios prejuicios motivados por auto-interés) y de la necesidad de obtener el apoyo de cuanta

[19] M. Walzer, *Spheres of Justice*, New York, 1983.

gente sea posible, frente a la posibilidad de que cualquier coalición mayoritaria que haya podido formarse se quiebre por ofertas tentadoras de las minorías marginadas; estos factores crean una tendencia individual a la imparcialidad que se proyecta al nivel colectivo de acuerdo a los lineamientos del teorema de Condorcet.

Pero estos atractivos de E3 se ven neutralizados por rasgos negativos demasiados obvios. Así como E1 parece conducir a un elitismo moral, E3 conduce a un populismo moral: la posición de que lo que resuelven todos o la mayoría es necesariamente correcto. Es evidente que la mayoría a veces se equivoca de gran modo. Por otra parte, al igual que O3, E3 no refleja adecuadamente la fenomenología de la discusión moral, ya que si no es posible acceder por vía de la reflexión individual al conocimiento moral ¿cuál es el aporte que, según Habermas, Rawls haría con su teoría a esa discusión colectiva? ¿Con qué fundamentos podría alguien requerir que se revise el resultado de una discusión colectiva, si ese resultado fuera la única presunción disponible de la verdad moral?

Estos inconvenientes de E3 son salvados por E2 sin caer en los defectos de E1. Según E2 el procedimiento de discusión colectiva constituido por el discurso moral y aun por su sucedáneo imperfecto, el régimen democrático, es el procedimiento *más confiable* de acceso a la verdad moral, por las mismas razones que apoyan a E3. Pero no es el único. Es posible, aunque generalmente improbable, que por medio de la reflexión individual un sujeto se represente adecuadamente los intereses en conflicto, y que llegue a la conclusión correcta en cuanto a su imparcialidad. Es posible que un individuo aislado en ocasiones llegue a conclusiones más correctas que a las que se llega por el procedimiento colectivo. Esta posibilidad explica el aporte que cada uno puede hacer a la discusión y que pueda legítimamente pedir re-iniciar una discusión concluida por consenso. La probabilidad de que aun por vía de reflexión individual se llegue a una conclusión correcta aumenta cuando ella se refiere a pre-condiciones para la validez del procedimiento colectivo (esta es la materia de los derechos *a priori*, que es mucho más restringida que la referida por el primer principio de Rawls y que según creo, debe ser el objeto del control judicial de las leyes). Pero dado que en general el procedimiento colectivo es más confiable y que él no operaría si en cada caso decidimos si observar sus resultados o no de acuerdo a los de nuestra reflexión individual, ello justifica la obligación de tal observación aunque nuestra reflexión individual nos indique una respuesta distinta.

Creo que la combinación de O2 y E2 -que es, como vimos, una posición intermedia entre las de Rawls y Habermas- constituye la concepción metaética más plausible. Esta es la posición que llamo «constructivismo epistemológico».

¿ES POSIBLE UNA TEORÍA UNITARIA Y CONSISTENTE DE LOS CAPÍTULOS DE LA CONSTITUCIÓN RELATIVOS A DERECHOS FUNDAMENTALES? *

I

Mi respuesta a esta pregunta va a ser negativa. Pero naturalmente, sólo la plantea como hipótesis, y además al final de este trabajo, pienso que tal pregunta se convierte en una pregunta distinta, que por supuesto no va a ser mi intención responder. Por lo demás, en esta exposición voy a prescindir, por mor de la claridad en la argumentación, de muchos asuntos y problemas que vendrían al caso, de modo que también por este capítulo sólo puedo pretender para la respuesta negativa a la pregunta un carácter heurístico e hipotético.

Conviene hacer referencia a la historia de la pregunta. Se planteó inicialmente en el contexto de un seminario conjunto entre profesores de filosofía y de derecho acerca de los conceptos de igualdad y libertad en la Constitución Española. En un determinado momento fue inevitable abordar la cuestión de qué era lo que en realidad estábamos buscando. La respuesta parecía obvia: la teoría implícitamente contenida en la Constitución Española acerca de los conceptos de libertad e igualdad. Mi opinión fue que tanto la Constitución Española como cualquier otra del mismo tipo probablemente tendría que contener varias. Lo único que pretende es exponer las razones de tal opinión.

Esas razones me las confirma el libro de R. Alexy *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt, 1986), en el que el autor pretende desarrollar una teoría jurídica, unitaria y consistente de los capítulos de la Grundgesetz alemana relativos a derechos fundamentales, y creo que no lo consigue; pero específicamente, a este libro sólo me referiré al final de este trabajo.

Lo que en este momento sí que me interesa subrayar, pues es metodológicamente importante, es lo siguiente: el que lo que se busque en nuestro contexto sea una teoría «jurídica» o «no jurídica»

* Este trabajo forma parte de un proyecto de investigación en curso subvencionado por el CSICYT.

es algo que no tiene más trascendencia. Incluso podemos partir, como veremos al final, de la tesis positivista de que el derecho, es un edificio normativo que se sostiene sobre sí mismo. Si se tratase del «Fuero de los españoles», puede que el jurista pudiese extraer una teoría unitaria y consistente de los conceptos de libertad e igualdad de que allí se hace uso, teoría que le vincula como jurista o historiador del derecho político, pero que, en el caso normal, moralmente no comparte. Cuando se trata de una Constitución del tipo de la española, el lado normativo de la dogmática jurídica, es decir, de la teoría global que el jurista ha de construir para referirse con consistencia a (esos capítulos de) la Constitución, versa sobre principios que en el caso normal también el jurista moralmente comparte. La tesis es entonces que el jurista no puede dar a ese lado normativo de la dogmática la forma de una teoría unitaria y consistente. Y a su vez: supongamos que un grupo de ciudadanos (por ejemplo, los miembros del Tribunal Constitucional) ven perfectamente y exactamente reflejadas en los capítulos de derechos fundamentales de la Constitución Española lo que son sus convicciones ético-política. La respuesta negativa a la pregunta inicial viene a significar que tales convicciones no pueden ser reducidas a una teoría unitaria y consistente que resultase lógicamente vinculante para todos ellos.

II

A) *Núcleo normativo de la tradición liberal. «La promesa liberal.»*

Consideremos las formulaciones siguientes: «Para entender correctamente el poder político, y derivarlo de su fuente, tenemos que considerar en qué estado estaban los hombres naturalmente, y ese estado es un estado de perfecta libertad para ordenar sus acciones y disponer de sus posesiones y de sus personas como consideren adecuado dentro de los límites de la ley natural, sin tener que pedir permiso ni depender de la voluntad de otro hombre... un estado de perfecta libertad en el que el poder y la jurisdicción son recíprocos... y como a todos los hombres puede impedírseles que invadan los derechos de los demás y se les puede obligar a cumplir la ley natural, en ese estado la ejecución de la ley de la naturaleza queda puesta en manos de todos y de cada uno, lo que significa que todos y cada uno tienen derecho a castigar a los transgresores de la ley natural en un grado en que se impida su violación... Aunque la Tierra y todas las

criaturas inferiores sean propiedad de todos los hombres, sin embargo cada cual tiene la propiedad de su propia persona. Sobre la persona de cada uno ningún otro tiene derecho si no es él mismo. El trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos son propiedad suya... y aquello con que mezcle su trabajo es incuestionablemente propiedad del que trabaja, nadie sino él tiene derecho a lo que se ha anexionado por el trabajo, «at least where there is enough and as good left in common to others»[1].

Voy a llamar a estas ideas «núcleo normativo» de la tradición liberal en sentido estricto.

La tradición liberal, de Locke a Hayek, y, en cualquier caso, con toda claridad desde A. Smith en adelante, consta del núcleo normativo que he mencionado y de un supuesto fáctico. Ambos conjuntamente constituyen lo que podemos llamar la «promesa liberal». El liberalismo clásico añade a su núcleo normativo la suposición de que el agregado resultante de todas las acciones atenidas a reglas de conducta justa (justas conforme a los principios enunciados por Locke) es capaz de estabilizarse por sí mismo, es decir, no genera disfunciones que reobren sobre el conjunto amenazando con hacerlo explotar. La afirmación de este supuesto permite al liberalismo clásico contar con una totalidad en la que no es menester intervenir, o mejor aún, la intervención en la cual sería por un lado injusta, pues no podría hacerse sino mediante reglas *ad hoc* que violarían el necesario carácter general de las reglas de conducta justa y, por otro, disfuncional, pues generaría desequilibrios que acabarían redundando en perjuicio de todos.

En 1936, en su *Teoría general del interés, la ocupación y el dinero*, Keynes, retomando la discusión Ricardo/Malthus, pone en cuestión este supuesto fáctico que es parte esencial de la «promesa liberal». Uno de los derroteros tomados tras Keynes por esa tradición se atiene a la «promesa liberal»; el otro se atiene a su «núcleo normativo» y prescinde de la promesa. La primera posición viene ejemplarmente representada en nuestros días por el pensamiento político de Hayek. Representante de la segunda es *Anarchy, State and Utopia*, de R. Nozick.

Examinemos brevemente la línea que se atiene a la «promesa liberal». ¿Qué ocurre si ese supuesto fáctico no se cumple? La respuesta de Hayek es negar tal posibilidad. Al enfrentarse a la idea keynesiana de que el volumen de empleo es función de la

[1] J. Locke, *Second Treatise on Government*, Oxford, 1980, págs. 290 ss.

demanda global, que compete a los gobiernos o administraciones manipular con el fin de obtener el volumen de empleo que se desee, comenta Hayek: «Esta fórmula del empleo como función directa de la demanda total resultó ser extraordinariamente efectiva porque parecía venir confirmada en cierto grado por los resultados de los datos empíricos cuantitativos, mientras que las consideraciones alternativas del desempleo que yo considero correctas no pueden pretender tal cosa... nos encontramos aquí con que la teoría que mejor puede ser confirmada por las estadísticas porque es la única que puede ser confirmada estadísticamente, es, sin embargo, falsa y ha sido ampliamente aceptada porque las explicaciones que antes se consideraban verdaderas y que yo sigo considerando verdaderas, por su propia naturaleza no pueden comprobarse en esos términos... La causa del desempleo es una desviación de los precios y salarios respecto de su posición de equilibrio, que se establecería por si misma en un mercado libre y con moneda estable. Pero nosotros nunca podemos saber con qué sistema de precios y salarios relativos el equilibrio se establecería por sí mismo. Por tanto, el que desde mediados de los años setenta se haya producido un desempleo sustancial no es efecto del fracaso del capitalismo, de la economía de mercado, sino exclusivamente de nuestros errores, que la experiencia pasada y el conocimiento adquirido nos deberían haber llevado a evitar», pues «el sueño de Keynes es un sueño que se ha muerto, aunque su fantasma pueda seguir apestando la política durante décadas». «Sir J. Hicks ha propuesto incluso que llamemos al tercer cuarto de este siglo (1945-75) la era de Keynes como el segundo cuarto fue la era de Hitler. No creo -añade benévolamente Hayek- que el daño que personalmente hizo Keynes merezca tal descripción, pero en la medida en que sus recetas parecieron funcionar crearon una ortodoxia a la que pareció inútil oponerse»; Keynes «fue, sin duda, un hombre de gran cabeza, pero de escasos conocimientos de economía»[2].

Esta reformulación contemporánea de la tradición liberal se limita a reiterar la «promesa liberal». Al hundimiento de la economía keynesiana desde principios de los años setenta, al hundimiento del «sueño de Keynes», no tiene otra cosa que oponerle que la «ley de Le Say» entendida como artículo de fe. La aceptación de este artículo de fe se nos torna hoy difícil, pues disponemos de teorías alternativas para explicar por qué, al menos en el plano de las economías nacionales, el sueño de Keynes se ha

[2] F. A. Hayek, *New Studies*, London, 1974, págs, 163 ss.

muerto para siempre. Me refiero, por ejemplo, a teorías como las de Frôbel, a las que me referiré después. No se cumplen, dada la «nueva división internacional del trabajo», las condiciones de una «economía nacional» como sistema razonablemente cerrado, cuyas variables determinantes pudieran seguir siendo manipuladas por los gobiernos. Aceptar de esta reformulación del liberalismo clásico que el sueño de Keynes ha muerto, no implica negar que Keynes nos despertara, quizá definitivamente también, del sueño liberal. La segunda reformulación hoy más llamativa de la tradición liberal prescinde de este supuesto fáctico del liberalismo clásico, de la ley de Le Say, y se atiene exclusivamente a lo que he llamado «núcleo normativo» de la tradición liberal; se trata de la reformulación que de ese «núcleo normativo» lleva a cabo R. Nozick en *Anarchy, State and Utopia*[3], que por su carácter típico ideal considero una obra fundamental del pensamiento ético-político del pasado decenio, una obra que, por lo demás, hoy ha crecido en importancia.

En *A Theory of Justice*, a la hora de justificar el «principio de la diferencia», Rawls había procedido declarando los «natural assets» como arbitrarios desde un punto de vista moral. Nadie ha merecido su mayor capacidad natural ni tampoco ha merecido un punto de partida más favorable en la sociedad. Y siendo esto así, el «principio de la diferencia» que se elige en la «posición original» representa un acuerdo relativo a mirar la distribución de los talentos naturales y de las diversas posiciones de partida en la sociedad como un «asset común» y a participar en los beneficios de esa distribución natural y aleatoria. Así, conforme al «principio de la diferencia», los que han sido favorecidos por la naturaleza y por la «suerte», pueden obtener beneficios de su buena fortuna, pero sólo a condición de que ello mejore la situación de aquellos que quedan en peor posición[4].

Nozick se enfrenta a esta idea de Rawls de una forma singular. No puede negar que, en efecto, nadie ha merecido las dotes naturales con que ha nacido. Pues bien, si se destruye teoréticamente la idea de «comunidad política», el único depositario de esas dotes sólo puede ser el individuo que es portador de ellas. Nozick emprende esta maniobra contra Rawls, a la vez que una radicalización de la posición liberal clásica, efectuando una lectura de Locke, en la que, ciertamente, ese Locke reformulado resulta incluso más consecuente de lo que es en sí mismo.

---

[3] R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974.

[4] Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, 1973, 251 ss.

Como es de sobra sabido, en la construcción de Locke, es el problema de la exacción de justicia lo que lleva a que el individuo delegue las funciones de juez y ejecutor de la ley natural que le competen en el estado de naturaleza. Y ello por vía de un «contrato» por el que se constituye una «commonwealth» un «cuerpo político». En este punto hay una coincidencia formal tanto con la tradición de la Política clásica, como con la tradición de pensamiento democrático en sentido estricto a la que después me voy a referir. Se diría que también la tradición liberal admite una esfera de contrato, consenso, acuerdo, sometido a condiciones normativas, que constituiría lo específico de la «esfera política». Es en la determinación de esas condiciones normativas, en donde se separarían la tradición de la política clásica (desde Aristóteles hasta la teoría de la «societas civilis, seu res publica, seu communitas politica» de la Escolástica tardía), la tradición liberal y la tradición democrática moderna. Pues bien, en la reformulación que del «núcleo normativo» de la tradición liberal hace Nozick queda de manifiesto, que de atenernos a ese núcleo normativo, tal momento de acuerdo es prescindible y que podemos reconstruir (o si se quiere deconstruir) consistentemente a partir de los «derechos lockeanos» y sin hacer mención a contrato alguno, el orden de lo político; a la vez, esta reconstrucción se convierte, desde una perspectiva rigurosamente atenida a ese núcleo normativo, en instancia crítica de las formas de organización política vigentes.

Los pasos de la reconstrucción de Nozick son bien simples. Partimos del individuo rodeado de la «circunferencia moral» que representan los derechos lockeanos. Si alguien viola sus derechos, el individuo puede hacer justicia él solo, u otros pueden unirse a él para hacer justicia. «Esto no viola los derechos lockeanos de nadie» (es la condición a la que ha de ajustarse cada paso de la construcción). Segundo paso: las ventajas que ofrece la división del trabajo harán que determinadas personas se especialicen en ofrecer servicios de protección, fundarán una «agencia protectora». Tampoco eso viola los derechos lockeanos de nadie. Tercer paso: en caso de conflicto entre los clientes de una misma agencia, éstos podrán transferir a la agencia el derecho a decidir si ha habido violación de derechos y hasta qué punto; las agencias, por motivos de racionalidad económica, podrán exigir tal transferencia como condición para poder contratar sus servicios; tampoco esto viola los derechos lockeanos de nadie. Cuarto paso: ¿qué ocurre en caso de conflicto entre clientes de diferentes agencias? Si las agencias están de acuerdo, nada especial. Si no lo están, o bien una acabará dominando sobre las otras, es decir,

se producirá la situación que describiré después en lo tocante a la relación de la agencia con el independiente, o bien se constituirá un sistema judicial federal unificado». Y así tendríamos en un área geográfica, sin que se hubieran violado los derechos lockeanos de nadie, y sin que haya mediado «contrato social» alguno (es decir, sin que el individuo haya transferido de sus competencias en el «estado de naturaleza» absolutamente nada más que lo que es menester para la protección de sus derechos) algo parecido a un «minimal State». Mas tal «Estado» no parece ser aún un Estado, pues le falta la nota weberiana de «monopolio de la violencia legítima» y protección de los derechos de todos. Quinto paso: Consideremos la cuestión de las relaciones de la agencia con los independientes, es decir, con aquellos que no han contratado los servicios de ninguna agencia. Supongamos que un independiente, ante una supuesta violación de sus derechos, exige lo que a juicio de la agencia que el transgresor tiene contratada representa una compensación desmedida o que viola los derechos de terceros, o que la agencia considera que el independiente se dispone a exigir justicia por procedimientos que la agencia no juzga fiables o equitativos. La agencia puede prohibirle o impedirle la acción que el independiente proyecta. La razón que da la agencia al no cliente para prohibirle su acción es que ésta implica un grave peligro de que se violen los derechos lockeanos de su cliente o los derechos lockeanos de terceros (pues en el «estado de naturaleza», todos, también las agencias, son «jueces y ejecutores de la ley natural»).

Tenemos, por tanto, que la agencia considera sus procedimientos fiables y equitativos y, por otro, que todos tienen derecho a defenderse de procedimientos que no consideren que son fiables y equitativos. Ahora bien, como la agencia considera que sus procedimientos lo son y que ello es evidente, no permitirá que nadie los contravenga. Castigará a los que lo hagan. De ahí, concluye Nozick, que aunque la agencia ni pretenda ni pueda pretender un monopolio, su posición será única en virtud de la facticidad de su poder. No existe un derecho que la «agencia protectora dominante» pueda pretender poseer en exclusiva para imponer un derecho particular. Pero la naturaleza del derecho es tal, que una vez que un poder dominante emerge, sólo él lo ejercitará de hecho. Pues el derecho incluye el derecho a evitar que otros lo ejerzan erróneamente y sólo el poder dominante será capaz de ejercer ese derecho sobre todos los otros.»[5]. Es decir,

[5] J. Nozick, *Ibíd.*, 55 ss.

todos tienen el derecho que sólo la agencia protectora dominante podrá de hecho ejercitar. Tras una discusión sobre el «status moral dentro del estado de naturaleza de los derechos procedimentales y de la prohibición de las actividades peligrosas y del *status* de hacer valer por la fuerza sus propios derechos», Nozick llega a la conclusión de que por tal interferencia (justificada) en los derechos lockeanos del independiente, los clientes (la agencia) (prescindimos aquí, por mor de la brevedad, del caso de las relaciones entre independientes) ha de compensar al independiente por la desventaja en que queda puesto. La forma menos costosa es la de ofrecerles servicios protectores para cubrir las situaciones de conflicto con los clientes de la agencia. Tenemos, pues, una «agencia protectora dominante» con un monopolio, no de *iure*, sino de *facto* sobre la violencia legítima y que protege los derechos de todos, y todo ello sin que se hayan violado los derechos lockeanos de nadie.

Pues bien, un Estado con más facultades que este «minimal state» representa una intromisión ilegítima en la circunferencia moral que rodea al individuo y que define el único sentido en que los individuos son iguales y libres.

No deja de ser inquietante la situación en que en esta construcción queda el poder: la facticidad del poder queda aquí elevada a categoría, en esta reformulación de su núcleo normativo la tradición liberal viene a dar en las proximidades de Hobbes. Y la razón de ello, como después mostraré, es clara: al acercarse a la cuestión de la estructura del poder la tradición liberal se enfrenta a un problema que en la historia del pensamiento político moderno no ha sido nunca el suyo; aquí, al abordarlo directamente, la tradición liberal deja de nuevo suelto ese poder.

B) *Núcleo normativo de la tradición de pensamiento democrático. La «promesa democrática»*

«La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado» (*Constitución Española*, art. 1, 2).

A la tradición liberal le son ajenos los conceptos de soberanía, pueblo y nación, y en rigor incluso el concepto de Estado. De modo que para obtener noticias del «pueblo soberano» hemos de recurrir a un capítulo bien distinto de la historia del pensamiento político, a lo que se inicia para el pensamiento moderno en *El contrato social*, de J. J. Rousseau.

Los primeros capítulos de *El contrato social*, de Rousseau, pueden leerse como un equivalente del *Primer tratado sobre el Gobierno Civil*, de Locke, como equivalente de la polémica de

Locke con Filmer; y en todo caso también ha de tenerse en cuenta que también el *Segundo tratado* se entiende a sí mismo como una crítica contra la «tiranía».

Sin embargo, Rousseau no cuenta con un «interés general» de tipo adscrito en virtud de una «ley natural» y que la estructura jurídica de la asociación política hubiera de limitarse a sancionar y a proteger. Para Rousseau, la ley, toda ley, es un «acto de la voluntad general», es decir, de la «voluntad racional», la cual, como de Rousseau recogerá Kant, se define por su «autonomía y universalidad». Sólo en una forma de asociación que la realice puede recobrar el hombre (tras haberse adensado la red de relaciones sociales corruptas que acabaron para siempre con su libertad natural) la forma de libertad que le es condigna.

Se trata de una forma de asociación «que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no se obedece más que a sí mismo». Y el pacto del que esa asociación resulta, «si se le quita todo lo que no es de su esencia, se hallará que se reduce a los siguientes términos: cada uno pone en común su persona y todas sus energías bajo la dirección suprema de la voluntad general; y recibimos a cada uno como parte indivisible del todo». «Al instante -añade Rousseau- en lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como voces tiene la asamblea, la cual recibe de este acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que así se forma por unión de todas las otras tornaba en otro tiempo el nombre de polis, y ahora toma el nombre de república o cuerpo político, el cual es llamado por sus miembros Estado cuando es pasivo, soberano cuando es activo, potencia cuando se lo compara a sus semejantes. En lo que se refiere a sus asociaciones toman colectivamente el nombre de pueblo, y se llaman en particular ciudadanos como participantes en la autoridad soberana, y súbditos en cuanto sometidos a las leyes del Estado.»

Pues bien, «la soberanía es el ejercicio de la voluntad general» y esta voluntad general «es siempre recta y tiende a la utilidad pública: mas de ello no se sigue que las deliberaciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud. Uno quiere siempre su bien, mas no lo ve siempre. Nunca se corrompe al pueblo, mas a menudo se le engaña, y es entonces cuando parece querer lo que es malo. Pues con frecuencia hay diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general; es decir, esta última no tiene por objeto sino el bien general, la otra tiende al interés privado y no es sino la suma de intereses particulares».

Y en lo que se refiere a los límites del poder soberano: «Lo convenido es que todo lo que uno aliena por el pacto social de su poder, bienes y libertad sea solamente la parte de todo ello cuyo uso importa a la comunidad, mas es también menester convenir en que sólo el soberano es juez en lo que respecta a esa importancia. Todos los servicios que un ciudadano puede hacer al Estado, se los hace en cuanto el soberano se los pide; pero el soberano no puede echar sobre sus súbditos ninguna carga inútil a la comunidad, ni siquiera puede quererlo: porque bajo la ley de la razón nada se hace sin su causa, así como tampoco bajo la ley de la naturaleza»[6].

Ahora bien, consideremos formulaciones como la siguiente: «Cuando digo que el objeto de la ley es siempre general, entiendo que la ley considera a los sujetos en general y a las acciones como abstractas, jamás a un hombre como individuo ni a una acción particular. Así, la ley puede muy bien establecer que existan privilegios, mas no los puede conceder nominalmente a nadie; la ley puede incluso establecer distintas clases de ciudadanos, señalar incluso las cualidades que darán derecho a pertenecer a una de esas clases, pero no puede nombrar a tal o cual ciudadano para ser admitido en esas clases; puede establecer un gobierno real o una sucesión hereditaria, mas no puede elegir a un rey ni a una familia real; en una palabra, toda función que se refiera a un objeto individual no puede pertenecer al legislativo. Partiendo de esta idea se ve al instante que no hace falta ni preguntar a quien corresponde hacer las leyes, puesto que son actos de la voluntad general; ni si el príncipe (el gobierno) está por encima de las leyes, pues el príncipe es un miembro del Estado; ni si la ley puede ser injusta, pues nadie puede ser injusto para consigo mismo, ni cómo se puede ser libre y a la vez sujeto a leyes, pues las leyes no son sino registros de nuestras voluntades... el pueblo sometido a leyes debe ser el autor de ellas; el regular las condiciones de la sociedad es competencia de aquellos que se asocian... el pueblo quiere siempre el bien, pero no ve siempre ese bien. La voluntad general es siempre correcta, mas el juicio que la guía no es siempre ilustrado, es menester hacerle ver los objetos tales como son, a veces tales como deben parecerles, mostrarle el buen camino que busca, garantizarlo contra la seducción de las voluntades particulares. Los particulares quieren el bien que a veces rechazan, el público quiere el bien que no llega a ver. Todos tienen igualmente necesidad de guía.

[6] J. J. Rousseau, *Du Contrat Social*, París, 1972, pág. 65.

Es menester obligar a los unos a conformar sus voluntades a su razón; hace falta enseñar al otro a conocer lo que quiere»[7].

Es decir, por un lado, para la tradición de pensamiento democrático es esencial la distinción entre «voluntad de todos» y «voluntad general». Por otro, cuando tal distinción se establece, como lo hace o tiende a hacerlo Rousseau, en términos «sustancialistas» la tradición democrática atrae sobre sí, y con muy buenas razones, las sospechas de totalitarismo. Pero no es mi propósito ponerme a moralizar aquí contra «dictaduras educativas» o de cualquier otro tipo, que pudieran apelar a la tradición de pensamiento democrático, pues me basta señalar que tal interpretación «sustancialista» (por llamarla de algún modo) del concepto de voluntad general resulta insostenible ante el pensamiento ético contemporáneo que, vía Kant, se remite a Rousseau.

Las reformulaciones contemporáneas de la ética de Kant trazan la distinción entre ambos conceptos interpretando la universalidad de la norma, no en términos semánticos como en el texto alegado hace Rousseau, sino en términos procedimentales. Fácticamente no hay nunca más que voluntad de todos (en el mejor de los casos). Voluntad general no puede ser sino la presunción de racionalidad que asiste a una voluntad de todos. La voluntad general es el momento ideal, contrafáctico, operante en la voluntad de todos, en la medida en que esta última se haya obtenido en unas condiciones que hayan permitido poner en juego todos los argumentos y se mantengan unas condiciones que permitan a todos argumentar, revisar y volver sobre lo decidido. Voluntad general no puede ser, pues, sino la presunción de racionalidad que asiste a la voluntad de todos en virtud del procedimiento por el que ha sido obtenida y por el que, eventualmente, se la someta a revisión.

Recurramos, por ejemplo, a la reformulación que en términos procedimentales hace Habermas de la ética kantiana, remitiéndose expresamente a Rousseau. ¿Cuáles son las condiciones que ha de cumplir una situación de deliberación para que la decisión resultante de ella pueda considerarse racional? La respuesta de Habermas es: la de una «situación ideal de habla». Las «situaciones ideales de habla» cumplen ante todo dos condiciones, que en cierto modo pueden considerarse triviales. Primera: todos los participantes potenciales en un proceso de deliberación tienen que tener las mismas oportunidades de emplear «actos de

[7] *Ibíd*., págs. 77 s.

habla comunicativos», de forma que en todo momento puedan iniciar un discurso, así como perpetuarlo por medio de preguntas y respuestas, de réplicas y contrarréplicas. Segunda: todos los participantes en el proceso de deliberación (ya, pues, dentro del proceso de deliberación) tienen que tener la misma oportunidad de hacer afirmaciones, interpretaciones, propuestas, de dar explicaciones y de hacer justificaciones, de fundamentar y de refutar, de modo que a la larga ningún prejuicio quede sustraído a la tematización y a la crítica.

Algo menos triviales son otras dos condiciones, que no se refieren tanto a los procesos de deliberación como a la situación en que los deliberantes potenciales se hayan en los contextos de acción. Tercera: «Para el discurso sólo se permiten hablantes que, como actores, tengan las mismas oportunidades de emplear actos de habla representativos, es decir, de dar expresión a sus actitudes, sentimientos e intenciones. Pues sólo la recíproca sintonización de los espacios de expresión individual y el juego de proximidad y distancia en los contextos de acción pueden garantizar que los agentes, también cuando participan en un proceso de deliberación se comporten con veracidad respecto a sí mismos y hagan transparente su naturaleza interna.» Cuarta: «Para el discurso sólo se permiten hablantes que, como actores, tengan iguales oportunidades de emplear actos de habla regulativos, es decir, de ordenar y de oponerse, de permitir y de prohibir, de prometer y retirar promesas, de dar cuenta y de exigirla, etc. Pues sólo la reciprocidad completa de expectativas de comportamiento, que excluye los privilegios en el sentido de normas de acción o de valoración unilateralmente obligatorias, garantizan que la equidistribución formal de las propiedades de abrir un discurso y de proseguirlo se van a emplear también de hecho para dejar en suspenso las coacciones de la realidad y entrar en el ámbito libre de experiencia y descargado de acción, que el discurso representa[8].

Y, ¿por qué estas condiciones? Porque son las únicas capaces de asegurar la posibilidad de progresiva radicalización de un «nomos», radicalización que es a su vez la única capaz de movilizar el potencial de razones necesario para que el consenso pueda considerarse no un consenso cualquiera, sino un consenso fundado, no sólo una fáctica «voluntad de todos», sino una voluntad presuntivamente racional, es decir, una «voluntad general».

[8] J. Habermas, «Wahrheitstheorien» en *Wirklichkeit und Reflexion*, Pfullingen, 1973.

Habermas señala distintos pasos en tal radicalización: «el primero consiste en el tránsito de los mandatos o prohibiciones problematizadas, que representan por su parte acciones (es decir, regulan un ámbito de acción) a la suspensión de su pretensión de validez controvertida, pretensión de validez que se convierte por tanto en objeto de deliberación (entrada en la deliberación). El segundo paso consiste en la justificación teorética del mandato o prohibición problematizados, es decir, en dar por lo menos un argumento en el sistema de lenguaje que se haya escogido, en el sistema de lenguaje, pues, en que de hecho estemos interpretando nuestras necesidades (discurso práctico). El tercer paso consiste en el tránsito a una modificación del sistema de lenguaje inicialmente escogido o a una ponderación de sistemas de lenguaje alternativos (discurso metaético o metapolítico). El último paso, que representa por tanto una ulterior radicalización, consiste en el paso a una reflexión acerca de la dependencia de la estructura de nuestras necesidades respecto del estado de nuestro saber y de nuestro poder: nos ponemos de acuerdo sobre las interpretaciones de nuestras necesidades a la luz de las informaciones de que disponemos acerca de lo que es factible y de lo que es alcanzable. A qué clases de informaciones hemos de darles preferencia en el futuro se convierte a su vez en una cuestión práctica, relativa por ejemplo a las prioridades en materia de política de fomento de la investigación. Pues en este nivel del discurso (de deliberación) se plantea la cuestión de qué debemos querer conocer»[9].

En la doble exigencia de simetría (es decir, la exigencia relativa a las situaciones mismas de deliberación y la relativa a las situaciones de no deliberación, definidas ambas desde el proceso de deliberación) es donde radica el concepto democrático de igualdad y en el no estar sujeto sino a normas, a las que en las mencionadas condiciones asistan las «best reasons everyone can have» (K. Baier) radica el concepto democrático de libertad, o autonomía.

Si ello es así, podemos decir que las reformulaciones contemporáneas de la ética de Kant, al menos las que proceden en términos procedimentales, representan una reformulación de lo que he llamado «núcleo normativo» de la tradición democrática.

Pero aquí se nos ofrece un problema, y de nuevo el caso de Habermas puede ser típico. Habermas viene protestando una y otra vez contra toda tentativa de interpretar su «ética del discurso»

[9] Habermas, *ibíd*.

como una teoría normativa de la democracia[10]. La razón en el caso de Habermas es más que clara. Habermas entiende «el discurso» como una continuación de la acción comunicativa «con otros medios», como «una forma de reflexión de la acción comunicativa». A este tipo de acción Habermas lo considera primario, y al resto como «derivados», es decir, como deducibles de ella por vía de abstracción de elementos que integran la «acción comunicativa». Pues, bien, no está dicho que «lo político» (por ejemplo, lo que sucede en un parlamento) tenga primariamente que ver con el tipo de acción que Habermas llama «comunicativa» ni por tanto, con la forma de reflexión de la acción comunicativa que representa «el discurso». Lo único que Habermas afirma es que los procesos de reproducción cultural, de integración social y de socialización de los individuos sólo pueden tener lugar de forma no patológica a través del medio que representan la acción comunicativa y su forma de reflexión. Qué tenga que ver «lo político» con la acción comunicativa y con su forma de reflexión dependerá por tanto (en la construcción de Habermas, se entiende) de lo que «lo político» tenga que ver con esos procesos y con el desarrollo normal o patológico de ellos.

Sea como fuere, al concepto de voluntad general, básico en la tradición de pensamiento democrático, difícilmente cabe darle hoy otro sentido. En nuestro contexto, pues, podemos entender la ética del discurso de Habermas como una reformulación del núcleo normativo de la «tradición democrática», reducida a puros elementos normativos (en el sentido de que abstrae por entero de todo elemento político-organizativo). Si resultara que tal núcleo normativo nada o muy poco tiene que ver en definitiva con «lo político», de ello no se seguiría sino que la tradición democrática de pensamiento político no contiene más que una (por lo demás peligrosa) ilusión, como siempre pensó la tradición de pensamiento liberal, que nunca supo muy bien qué hacer con la distinción de Rousseau entre voluntad de todos y voluntad general. En este aspecto Habermas ocupa una posición polarmente opuesta a la de Nozick.

[10] J. Habermas, «Replik», en A. Honneth, *Kommunikatives Handeln*, Frankfurt, 1986.

III

Dialéctica de tradición liberal y tradición democrática en la historia de la constitucionalización de los derechos fundamentales

Estas dos tradiciones de pensamiento político, al menos en sus formulaciones clásicas, no se han quedado en puras abstracciones ético-políticas, sino que por vía de movimientos sociales que las hicieron suyas han determinado la historia de las constituciones modernas y contemporáneas, y por tanto si tal historia, al menos en parte, es un precipitado de ellas, de ambas, los capítulos de las constituciones modernas y contemporáneas, relativos a derechos fundamentales, difícilmente podrán ser reducibles a una teoría unitaria, sino que de uno o de otro modo habrán de representar algún tipo de compromiso entre estas dos fundamentales autocomprensiones de la modernidad política.

En lo que sigue, ateniéndome a Marshall[11], y a Habermas[12] voy a distinguir cuatro períodos en la historia de la constitucionalización de los «derechos fundamentales», que nos permitirán reconocer la diversa fuente que en cada caso tienen esos derechos, y el compromiso entre los principios políticos que los inspiran.

Naturalmente, tal intento no puede menos de comportar salvajes simplificaciones. La principal de ellas es la equiparación e incluso fusión que, al establecer estas cuatro etapas, voy a llevar a cabo de la historia de la constitucionalización de tales derechos en Inglaterra, en Estados Unidos y en Francia. Mas pienso que si se lee atentamente a Marshall, esta equiparación e incluso fusión pueden justificarse. Marshall distingue tres etapas en esa constitucionalización: constitucionalización de los «derechos civiles», constitucionalización de los «derechos políticos» y constitucionalización de los «derechos sociales». Insiste Marshal en que cuando se constitucionalizan los derechos políticos en el siglo XIX se inicia una guerra entre los derechos fundamentales incluidos en ese capítulo y el sistema económico asentado sobre derechos asimismo fundamentales incluidos en el primero. Voy a interpretar esta tensión de que habla Marshall refiriéndose a Inglaterra (sobre todo) y a Estados Unidos como estructuralmente equivalente a la que se hace explícita en la Revolución Francesa

---

[11] T. H. Marshall, *Class, Citizanship and Social Class*, New York, 1974.

[12] J. Habermas, *Teoría de la Acción Comunicativa*, segundo tomo.

e incluso ya en la propia declaración (francesa) de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789. En cualquier caso si las simplificaciones que voy a introducir privan de plausibilidad a estas etapas como etapas históricas, aún mantienen su valor como «medio auxiliar» con el que introducir la tesis que trataré de establecer al final de ese trabajo.

Primera etapa: La emergencia de las monarquías absolutas y con ellas del Estado Moderno, significa la disolución de la relación tradicional entre religión (derecho sacro), política y derecho. Si las cuestiones trascendentes no son susceptibles de decisión, si no hay ninguna posibilidad de asentar el derecho sobre ninguna concepción compartida del mundo y del bien, la única fuente de la que puede dimanar el derecho es la voluntad del soberano. Este es, digámoslo así, el punto de partida: el papel pacificador de las monarquías absolutas respecto de las guerras de religión. Las tres dimensiones del derecho tradicional (derecho sacro, derecho consuetudinario y derecho «establecido» por el príncipe, pero entendido siempre como interpretación o reformulación del «buen derecho antiguo») quedan reducidas a la dimensión del derecho «puesto» por el príncipe. El sistema económico, que viene ejerciendo desde fines de la Edad Media una presión cada vez mayor sobre las ligaduras tradicionales a que está sometido puede levantarse libre por encima de los órdenes tradicionales (los cuales venían legitimados por la relación tradicional entre religión, política y derecho) a la vez que los somete a un proceso de disolución, que en su «Filosofía del Derecho» Hegel describe como «ruptura del mundo ético». De modo que, por este lado, bajo la monarquía absoluta tiene lugar la institucionalización del dinero como código de autogobierno (en el sentido en que hoy lo conocemos) de una economía no sujeta ya a ligaduras tradicionales. Las regulaciones jurídicas sobre que ese código se asienta son las del derecho privado en sentido moderno, que tienden a convertirse en las únicas relaciones normativas de los miembros de la sociedad entre sí. Si a esto unimos el reconocimiento (y posteriores transformaciones) por vía de hecho de las libertades subjetivas relativas a religión, creencias, pensamiento y por último expresión, tenemos la realidad o al menos el germen de buena parte de los «derechos civiles» que hoy nos son habituales. Naturalmente que en el Estado absoluto el derecho privado adquiere validez y vigencia de la sanción de que es objeto por parte del Soberano; de modo que, parafraseando a Niklas Luhman, cabe decir que tanto en el derecho privado (en principio) como (sobre todo) en el derecho público la «arbitrariedad» («notre bon plaisir») queda elevada a institución,

pero el desarrollo del sistema económico domestica al «poder»; el sistema económico necesita de un derecho público susceptible de previsión y cálculo, y obliga a la racionalización y estabilización de un sistema complementarlo ya por demás en proceso de formación merced a otro género de imperativos (militares), el sistema que representa la administración estatal, y esta administración, por imperativos de eficiencia, no tiene más remedio que imponer un tratamiento igual (en ámbitos de la existencia que empiezan a ser cruciales) de casos iguales, con lo que tenemos introducido por vía de hecho y tendencialmente, el principio de igualdad ante la ley. De modo que complementariamente a la institucionalización del dinero como código de autogobierno del sistema económico y que se asienta sobre regulaciones de derecho privado, tenemos la introducción del código «poder» en el sentido weberiano de «dominación legal-racional» moderna. Y si el código «dinero» moderno se asienta sobre fundamentos legitimatorios obvios (posición simétrica de las partes contratantes o -al menos esta es la idea desde mediados del siglo XVIII en adelante- promesa de realización efectiva de la justicia en el intercambio de equivalentes, tal como esa equivalencia viene definida por el mercado, el código «poder» no se asienta a efectos legitimatorios sobre nada, es la resultante de los actos de la voluntad soberana o «es» la voluntad del soberano.

Conviene añadir dos cosas. En primer lugar, una precisión: las simplificaciones que he hecho en la descripción que precede son por supuesto excesivas, pero si es cierto que el orden social liberal no emerge de la rebelión contra las monarquías absolutas, sino que la «época de las revoluciones burguesas» es producto de la rebelión contra el Estado absoluto del orden social configurado en el seno de ese Estado y de la adaptación de él a ese orden. Pero por eso mismo, conviene añadir, y esta es la segunda cuestión a la que quiero referirme, que el Estado moderno gestado bajo la monarquía absoluta, con la acumulación de poder político, económico, militar (hacia el exterior) y de represión (hacia el interior) que comporta, con la capacidad de «información» y «surveillance» que es capaz de desarrollar, y con la «interiorización de la disculpa» que es capaz de desarrollar, y con la «interiorización de la disciplina» que es capaz de poner en marcha, representa el marco de referencia de la autocomprensión específica» de la modernidad política (tanto en su versión liberal como en su versión democrática), marco al que ambas tradiciones de pensamiento, por así decirlo, han tratado de dar alcance, cosa que, pese a todo, ambas han estado lejos de conseguir. No se trata aquí tanto de iniciar una consideración «a la Foucault»

(que por otro lado no estaría de más), pero sí de hacerle justicia en este punto, sin que por ello haya en principio necesidad de reducir a su vez a «poder» la razón ético-política que ambas tradiciones han tratado de poner en ese marco[13].

Segunda etapa: Es la etapa de la constitucionalización de los «derechos civiles» de Marshall. Las regulaciones del derecho privado, ampliadas o extrapoladas en su contenido, quedan elevadas a derechos subjetivo-públicos. No cobra el derecho su validez de la sanción del soberano, sino de un «orden natural» de derecho privado, no político («estado de naturaleza» de Locke) del que recibe su legitimidad el «government» (que no soberano) por el carácter instrumental que posee para la guarda de los supuestos jurídicos de un orden social capaz de regularse a sí mismo anónimamente con tal que se respete y se haga respetar su trama normativa; es decir, se da forma constitucional, recibe forma de derecho lo que en la etapa anterior se impone por vía de hecho, y el poder, antes enteramente «suelto», sólo se legitima ahora (se borra la asimetría señalada) por su carácter instrumental para la guarda de los supuestos jurídicos de un orden social que se muestra capaz de regularse a sí mismo, con tal que se respeten supuestos funcionales que tienen su traducción normativa en esos supuestos jurídicos; más aún, toda intervención en ese orden, aparte de injusta, lo desestabiliza. Ahora las personas privadas son portadores de unos derechos que pueden hacer valer frente a un soberano reducido a «government»; la garantía que representan los derechos lockeanos ya no pueden interpretarse como efectos funcionales de un sistema económico asentado sobre el derecho privado moderno, que recibiera su sanción del soberano, sino que al cobrar rango constitucional, su relación con el poder se invierte. Por lo demás, una vez que el soberano absoluto queda reducido a government, en rigor nunca fue problema urgente en la tradición liberal la cuestión de quien gobierna, sino de poner límites normativos estrictos (los derechos lockeanos) a un «poder» necesario por instrumental. Hayek lo expresa no sin cierto cinismo para oídos contemporáneos: «Lo opuesto a la democracia es el gobierno autoritario, lo opuesto al liberalismo es el totalitarismo. Ninguno de los dos sistemas excluye necesariamente el opuesto del otro: una democracia puede muy bien hacer uso de poderes totalitarios; y es al menos concebible que un gobierno autoritario pueda actuar asentando su política sobre principios liberales»[14].

---

[13] Cfr. A. Gidden, *National State and Violence*, London, 1985.

[14] Hayek, *New Studies*, loc. cit., 143.

Tercera etapa: institucionalización de los «derechos políticos el sentido de Marshall o primer compromiso entre la tradición de pensamiento liberal y la tradición de pensamiento democrático, o lo que es lo mismo: la creación del «hierro de madera» (tales compuestos, quizás por fortuna, son siempre políticamente posibles) que representa el «Estado democrático de Derecho». El soberano, que el principio liberal redujo a «government» queda ahora rehabilitado a la vez que democratizado; dicho de otro modo, el soberano es el pueblo. En conceptos de Rousseau, el soberano ha depuesto a quien, tiranizando a todos, se había constituido en «señor», y tiene al «government» como «príncipe». O expresado aún de otro modo: el poder del Estado limitado en la etapa anterior constitucionalmente queda ahora democratizado; ambas cosas que obedecen a principios distintos, van juntas en Francia; en «las Islas» la democratización del poder cercado por los derechos lockeanos se produce después; y aquí es donde habla Marshall de estado de guerra de los derechos políticos constitucionalizados, contra ámbitos de la existencia asentados sobre derechos civiles asimismo constitucionalizados. En Francia la guerra comienza en el momento mismo de la «Declaración de Derechos». Recordemos, ante todo, la anécdota; en la «Asamblea Nacional», durante la discusión del texto de la Declaración se produce un enfrentamiento entre los representantes inspirados por Locke y los representantes inspirados por Rousseau en lo tocante al título y también al contenido de la «Declaración de Derechos». Los primeros entienden que la Declaración ha de llevar el título de «Declaración de los Derechos del Hombre», los segundos de «Declaración de los Derechos del Ciudadano», por fin se llega a la fórmula de compromiso «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano». Más allá de lo anecdótico, la anécdota es reveladora de los siguientes: se democratiza al poder que en la etapa anterior había quedado cercado constitucionalmente por la institucionalización del principio liberal. Pero la institucionalización del papel de ciudadano queda sometida en los «Estados democráticos de Derecho» al mismo cerco a que en los «Estados de Derecho» había quedado reducido el poder del soberano del absolutismo. Por supuesto que si tal compromiso entre principio liberal y principio democrático se produce, es que es posible, y ello incluso en una «declaración» como la francesa, en la que tras recogerse la fórmula de Rousseau de que la «ley es la expresión de la voluntad general» se declara «sagrado e inviolable» al derecho de propiedad. Tal posibilidad estriba en que los «derechos liberales» pueden interpretarse en sentido democrático como condiciones normativas del

proceso de deliberación. Ahora bien, por más vueltas que se le dé, es difícil interpretar al derecho de propiedad en tales términos. Y el derecho de propiedad sobre los «medios de producción» no es «un derecho más», sino que significa nada más y nada menos que la diferenciación respecto del «sistema político» de un orden social, cual es el liberal, centrado en torno al sistema económico; y no cabe duda de que sobre tal diferenciación ha versado buena parte de la problemática e incluso de la aporética de las relaciones entre modernidad política y modernidad social, incluso hasta el presente. De modo que desde este primer compromiso las constituciones modernas (en las que directamente nacen de la revolución francesa es lo que sucede sin duda alguna) llevan en su seno dos piezas distintas, políticamente no compatibles y teoréticamente tampoco, de suerte que la tensión es constante y los compromisos frecuentes. Los dos principios conviven pacíficamente bajo el techo de una misma constitución mientras una economía de manufacturas pequeñas y medias parece confirmar el supuesto fáctico de la «promesa liberal». E incluso cabría decir, si olvidamos el Termidor francés, que el orden liberal puede convertirse en el contenido político de la «voluntad democrática» (así puede leerse la «Declaración de Virginia» de 1776). Pero desde mediados del siglo XIX esa promesa se hace cada vez más dudosa, hasta no quedar nada de ella hacia fines de los años veinte de este siglo. Sobre el trasfondo de esa historia social que omito (así como sobre las experiencias históricas que representan la derrota del fascismo y la dirección tomada por la revolución soviética), hay que entender la salida que representa el «Estado de Derecho, democrático y social», que es como define a España la Constitución Española de 1977.

Cuarta etapa: Destruido el orden liberal tras la crisis de los años treinta, el «Estado social» (el elemento que, si prescindimos de la Constitución de Weimar, se suma como novedad política al «Estado democrático de Derecho» en los países occidentales tras la segunda guerra mundial) hace frente constitucionalmente a las consecuencias de un sistema económico (y por consiguiente, de un orden social) que, como prácticamente había demostrado la crisis de 1929 y teoréticamente demuestra Keynes en 1936, no es capaz de estabilizarse a sí mismo. El «Estado social» es la nueva fórmula de compromiso entre el principio liberal y el principio democrático, en la que se mantiene la lógica del sistema económico asentado sobre el elemento liberal de las Constituciones, pero el Estado recibe el encargo de ponerle condiciones marginales para llevarlo a o, mantenerlo en, un punto de equilibrio aceptable, y al mismo tiempo de absorber o neutralizar los efectos de

la relación de poder social o estructural inscrita en el sistema económico, que el liberalismo había ignorado. Las vagas fórmulas de «función social de la propiedad» o «economía social de la propiedad» o «economía social de mercado» vienen a atemperar el cerco que el principio liberal había puesto al principio democrático, pero que no lo rompen. La intervención del Estado en la economía (sobre la base del recetario keynesiano) tiene necesariamente que invocar principios democráticos, pero la intervención es en un ámbito de la vida social estructurado en términos de derecho privado, protegido por el elemento liberal de las constituciones, en un ámbito que se autogobierna por el código «dinero». Es decir, el medio «poder» interviene en una esfera de la vida social estructurada conforme a otra lógica, a la que ha de respetar, y que obliga a que lo que, según el principio democrático, habían de ser tratados como problemas políticos, sólo puedan serlo como problemas técnico-administrativos. En tal situación el Estado puede manipular las condiciones marginales de los procesos de decisión económica, pero ni puede disponer directamente de ellas ni forzar la intervención hasta un punto en que se torne disfuncional por desorganización de la lógica del sistema económico. De ahí que, por un lado, el «Estado social» como fórmula de compromiso entre el principio liberal y el principio democrático se convierta en «contenido político de la democracia de masas» (Habermas) a la vez que en él se cifra la «despolitización» del «pueblo soberano», y que, por otro, esos «derechos sociales» queden peculiarmente «sueltos» en las constituciones que nacen de la segunda guerra mundial, a cuya familia se suma la española. El artículo 53. 3. de la Constitución Española es buena prueba de lo que quiero decir con esta última afirmación.

Pues bien, esta fórmula de paz entre ambos principios es la que queda puesta en cuestión desde principios de los años setenta o incluso desde fines de los años sesenta desde dos lados. Por un lado, empiezan a hacerse visibles las disfuncionalidades que en los mecanismos de la integración social comienza a provocar la profundización de la intervención estatal en la vida de los «clientes» del «Estado social» («colonización del mundo de la vida», Habermas). Mas por otro, y este es, sin duda, el capítulo decisivo en la crisis del «Estado social», desde mediados de los años setenta desaparece uno de sus supuestos económicos: el de la eficacia de la intervención del Estado en la economía en términos keynesianos. Frôbel y su equipo describen la crisis económica de los años setenta recurriendo a dos factores que demostrarían su carácter estructural, es decir, que los supuestos sobre los que se asentaba el Estado Social son difícilmente reconstruibles.

«La maquinaria de este compromiso en el período de ampliación tras la reconstrucción de las capacidades de producción destruidas, la ampliación del sector terciario, la incorporación de las mujeres a la producción, la disminución de la jornada laboral, el aumento del nivel de expectativas al convertirse los programas del Estado social en contenido político de la democracia de masas, y ello en el contexto de la competencia de partidos y de una rotación de las élites políticas, llevan por un lado a la homogeneización de la mano de obra y por otro a un reforzamiento de la posición negociadora de las organizaciones sindicales. Todo ello empieza a hacer algunas industrias poco rentables, pues conduce a una disminución general de la tasa de beneficios. Dos formas había de ajustar la oferta de mano de obra a una tasa de beneficios que cupiese considerar aceptable: la primera reducir temporalmente las inversiones; la segunda invertir, pero en medios de racionalización que permitiesen la reducción de mano de obra. Pero mientras tanto funcionó un factor externo, que condujo desde fines de los años sesenta a una «nueva división internacional del trabajo». Se torna posible reorganizar la producción industrial fragmentando esa producción y repartiendo los fragmentos en zonas donde pudiera encontrarse una mano de obra barata y disciplinada y además subvencionada en parte por la existencia de medios no industriales; es decir, que para una serie de producciones, la ventaja de estar ubicadas en los países industriales no compensaba los costes. El funcionamiento conjunto de ambos factores da lugar a mediados de los años setenta a una crisis cuya causa central resume Frôbel en los siguientes términos: «El modelo de compromiso social basado en un aumento de los salarios de acuerdo con la productividad no podía considerarse a la larga como un modelo de acumulación creciente y autocentrada, sostenible a la larga en los países industriales, ya que las relaciones aparentemente residuales de los países centrales con su entorno mundial, sobre todo con el capitalismo periférico de los países en desarrollo, más tarde o más temprano tenían que privar a ese modelo, a través de mecanismos de racionalización o desplazamiento, de uno de los presupuestos centrales de su funcionamiento: de su carácter cerrado»[15]. Y por su parte, C. Offe plantea el dilema a que ello da lugar, en unos términos que se han vuelto clásicos: «La primera conclusión que podemos sacar de este tipo de análisis es que el

[15] Froebel, F., et. al., *La nueva dimensión internacional del trabajo*, México, 1977.

Estado social no es una fuente autónoma de bienestar que pusiera a punto ingresos y prestaciones como un derecho ciudadano, sino que dependió en buena parte de la prosperidad y rentabilidad de la economía. El Estado social fue proyectado como remedio frente a algunas enfermedades de la acumulación, pero el tipo de enfermedad puede llevar al paciente a abandonar la cura... El penoso misterio del Estado social es el siguiente: es posible que sus efectos sobre la economía empiecen a ser destructivos, pero su eliminación sería explosiva (y es el hecho que ignora el análisis conservador). Lo que esto nos revela es que el capitalismo ni puede prescindir del Estado social ni puede pervivir con él. En la posguerra los países occidentales lograron dominar este dilema, pero hoy este dilema parece haberse vuelto contradicción. El compromiso ha perdido el punto en que el Estado social podía funcionar como elemento política y económicamente estabilizador»[16].

IV

Sobre «la virtud y el curso del mundo»

En una recensión aparecida como artículo de prensa de un libro colectivo que tiene como temas centrales la obra de Habermas y la obra de Foucault, el recensionista concluye con las siguientes palabras: «Hölderlin y Heidegger buscaban una salvación global de un peligro local. Los autores que comentamos (los críticos de Foucault, que recurren a Habermas) buscan la salvación local de un peligro global. No intentan salvarnos del peligro, intentan salvar el peligro: cambiando las cosas lo necesario para que sigan igual.» No deja de ser sorprendente que la irrupción de lo absolutamente nuevo en la historia, la Revolución con letras mayúsculas, no pueda pensarse hoy sino en términos quietistas y «posmodernos», y, quién lo diría, nada menos que de la mano de Hölderlin y Heidegger. Es por tanto el momento de recurrir a Marx, una vez liberados de afanes revolucionarios, pues es quizá entonces cuando Marx puede resultar más instructivo. Para ello, claro está, es menester despedirse de una «virtud» revolucionaria que sólo deja pensarse de la mano de Hölderlin y Heidegger, y darse un tanto al curso del mundo.

---

[16] C. Offe, *Arbeitsgesellschaft. Strukturprobleme und Zukunfsperspektiven*, Frankfurt, 1984, págs. 327.

Y el mundo, el mundo occidental al menos, si prescindimos por un momento de su periferia y semiperiferia, ha logrado estabilizarse en los últimos cuatro o cinco años en términos «neoliberales». La crisis de un sistema económico mundializado parece de nuevo superada; no se sabe por cuanto tiempo ni parecen importar mucho en Occidente las consecuencias inducidas en la «periferia». Por supuesto que durante la crisis nadie pensó en una «transición al socialismo real»; tras ella, muy al contrario, es en los países del «socialismo real» donde parecen al menos correr aires de «transición al capitalismo» (la expresión puede oírse en la Centroeuropa socialista). Incluso el brutal ajuste a las condiciones de tal economía mundializada, que con evidente éxito ha llevado a cabo en nuestro país un gobierno socialista en las condiciones de una «democracia liberal» recién estrenada comienza a verse en Centroeuropa (pese a la casi definitiva instauración de una sociedad de «dos tercios», que a la larga acabará haciendo preciso una reinstauración del Estado social semidesmontado apenas construido, ¿en forma quizá de un nuevo florecimiento de las instituciones benéficas de tipo privado, como parece sugerir Nozick?) como un modelo, si no quizás a seguir, sí al menos envidiado, una vez destruido el sueño de una economía cerrada, ante la nueva hornada de acumulación y tecnología que se avecina, que cada vez tiene menos que ver con el «trabajo en general», «trabajo abstracto», «travail sans phrase», que saludaba Marx en el sistema económico como realidad y en la teoría económica moderna como categoría y sí con flujos de información y capital a nivel mundial.

Lo que en la sección anterior he reconstruido como tensión, choque y recíproca limitación de dos autocomprensiones de la modernidad política, también puede reconstruirse en otros términos, a saber: como una superación (Aufhebung) del principio liberal en el principio democrático, y ello como «un siempre ya superado» (Hegel) o en el sentido de una superación revolucionaria del principio liberal en el principio democrático (Marx). Consideremos brevemente la estructura de la «Filosofía del Derecho» de Hegel. Como «Derecho abstracto» Hegel construye en lo esencial lo que he llamado «contenido normativo» de la tradición liberal, sin lo que he llamado su «supuesto fáctico», que en el capítulo sobre «la sociedad civil», recurriendo a Malthus, Hegel pone parcialmente en cuestión. (Es por lo demás este recurso a Malthus el que en los párrafos 245-256 de la «Filosofía del Derecho» permite leer tanto a Marx como a Keynes).

El capítulo sobre «la Eticidad» está construido desde la experiencia de la destrucción del síndrome que religión, política, derecho

«puesto» por el príncipe, costumbres y economía forman en los mundos de la vida tradicionales; desde la experiencia, pues, de la ruptura que, con la emergencia de la sociedad moderna, experimentan en los «mundos de la vida» históricos o tradicionales las solidaridades e identidades colectivas sostenidas por ese síndrome.

La «sociedad civil», lo único que la tradición liberal conoce (con el apéndice del «government»), como bien se queja Hegel, queda entendida por éste como destrucción de la esfera de comunidad, conforme a categorías de un derecho privado elevado a derecho público que acaban disolviendo aquel síndrome, o dicho en otros términos: como eclosión de un elemento sistémico («sistema de las necesidades»), que es «lo ético roto y extrañado de sí»; la «bella totalidad» de la polis griega escindida en dos extremos, el de un individuo que en la sociedad moderna pierde suelo, «patria», sustancia y elementos de identificación y el de una totalidad relacional (el sistema económico) sujeta a leyes que semejan leyes de la naturaleza.

Ahora bien, «por su propia dinámica interna», es decir, movida por las propias disfunciones que genera el sistema económico, la «sociedad civil», el mundo liberal se ve llevado más allá de sí mismo: «como esta determinada sociedad» y «como tal sociedad». «Como esta determinada sociedad»[17], es decir, como mundo liberal occidental moderno, este mundo está llamado por su propia dinámica interna a difundirse y a transformar a su imagen y semejanza toda sociedad que no esté a su altura. «Como tal sociedad» la «sociedad civil» se ve llevada al «Estado». El tipo de identidad colectiva (la identidad nacional) que el Estado constitucional moderno logra articular en torno a sí y que sirve de sostén a lo inorgánico de la sociedad civil es interpretado por Hegel como la «sustancia», la «voluntad general» en su interpretación sustancialista, como reconstrucción de la «eticidad», como una «comunidad» que en la articulación que le da el Estado constitucional está a la altura de los tiempos, «hace justicia a todos los momentos de la idea», que ciertamente permite el desarrollo y el movimiento omnímodo de la individualidad en el contexto de la «sociedad civil», pero que como Estado nacional se yergue frente a ella como instancia superior sin desprenderse de la «particularidad» de las formas de vida históricas. Esta exaltación de la particularidad nacional que el Estado (pese a su elemento universalista como Estado constitucional) representa, sólo deja realizarse a lo universal en la dinámica misma de la

[17] Cfr. Hegel, *Filosofía del Derecho*, par. 246 ss.

historia universal; lo universal completo sólo se realiza por encima de la cabeza de los individuos y de los Estados y sólo puede ser demostrado por la filosofía, que a la vez muestra a los ciudadanos la razón del Estado en su particularidad de Estado nacional. De la estructura de la «Filosofía del Derecho» de Hegel parte la crítica de Marx.

El Estado que Hegel ha pensado no es lo que dice ser: superación de la «sociedad civil», reconstrucción de un «mundo ético» a la altura de los tiempos, de un mundo ético que hace justicia a todos los momentos de la idea, sino apéndice de una sociedad civil asentada sobre la supresión y abstracción de toda esfera de comunidad. También en Marx esta sociedad se ve llevada más allá de sí misma. «Como esta determinada sociedad» está llamada como cuestión de hecho (hecho que valorativamente hay que celebrar, pues frente a los mundos tradicionales la «sociedad civil» encierra un principio a la altura de los tiempos, representa la plasmación histórica de una razón superior) a eliminar toda forma de vida histórica que no esté a su altura (cfr. las primeras páginas del «Manifiesto Comunista»). «Como tal sociedad» se ve también «empujada más allá de sí misma», pues que genera en su seno su propia negación (la clase ligada al «trabajo», que queda excluida de los beneficios económicos, jurídicos y «espirituales» (culturales) de la sociedad civil).

Ahora bien, tal esfera de comunidad que finalmente haga en verdad justicia a todos los momentos de la Idea no puede entenderse sino como situada al final de un proceso revolucionario en el que la cuasinaturaleza que representa un sistema económico mundializado, el cual instrumentaliza a todos y a todo, pueda ser suprimida una vez consumada; sólo entonces el hombre universal, pero atomizado, de la «sociedad civil» podrá reabsorber en sí al ciudadano abstracto de Hegel; y sólo entonces puede quedar consumada la promesa de la tradición democrática.

Y así, tenemos la grandiosa y a la vez ambivalente idea de una irrupción cuasimesiánica de lo nuevo a nivel mundial, en la que la fundación de una indefinida comunidad moral «a la Rousseau», la superación en una libertad moral de la libertad natural que liga al hombre a los imperativos de una dinámica social convertida en un proceso cuasinatural puede interpretarse como fin de la prehistoria y comienzo de la verdadera historia, de la historia que los hombres puedan hacer autónomamente, es decir, con voluntad y conciencia. Mas en toda esta visión la distancia entre arbitrio individual y voluntad racional crece o puede crecer hasta el infinito, crece o puede crecer hasta el infinito el tramo en que también en la tradición democrática sólo

anida el ciego hecho del poder. Es la versión que a la teoría marxista de la revolución da Lenin, la apelación a la promesa de la tradición democrática se convierte en elemento legitimatorio de un orden político en el que difícilmente cabe reconocer elemento alguno del núcleo normativo de esa tradición, si no es evaporado en «metafísica». Pero aquí no es este nuestro problema.

Lo que la construcción de Hegel saca a la luz es una falla de todo el iusnaturalismo moderno: la incapacidad de distinguir entre Estado y sociedad. Ni la tradición liberal ni la tradición democrática pueden entender de otro modo la sociedad que como orden o cuerpo político. Es Hegel el primero que logra romper el esquema de la tradición y dar razón de la novedad de la modernidad social como proceso de diferenciación de un orden social centrado en torno al sistema económico, respecto de un orden de lo político que en Hegel, eso sí, queda dotado de todos los atributos de la Polis antigua. Pues bien, es Marx, al criticar la idea hegeliana de la superación ya siempre realizada de la sociedad civil en el Estado, el primero en desnudar al Estado de toda aura normativa, en rebajarlo a «subsistema político» de un orden social, entregando el estudio de su estructura no a una teoría política normativa sino a las ciencias sociales, a la vez que desliga de él a la idea democrática desplazándola hacia un medio indefinido. En todo caso, la realización de esa idea, implica para Marx un proceso de desdiferenciación en la modernidad social, una restitución de la sociedad a un ámbito de lo político vislumbrado en términos organizativos ajenos a los del Estado nacional moderno y los de la economía moderna. La cuestión de si en un futuro ello será así o no, de si en las circunstancias presentes cabe pensar en tamaño proceso de desdiferenciación, y de qué aspecto podría tener el resultado de tal proceso de diferenciación, no es ya hoy cuestión de una «teoría de la revolución», sino de arriesgada futurología, que probablemente quedase desmentida mañana.

V

De vuelta al problema de una teoría de los derechos fundamentales. Reivindicación del núcleo normativo de la tradición democrática

Hoy hemos de partir de un sistema económico internacionalizado, asentado ciertamente sobre regulaciones de derecho privado,

pero que hace mucho que se yergue sobre toda discusión acerca de derechos de propiedad. De un sistema político en el que la ficción que siempre fue el soberano se ha evaporado, cuyas intervenciones en el sistema económico apenas alcanzan para ajustar las economías nacionales a los imperativos de la economía mundializada, y cuyos órganos deliberativos más que institucionalización del núcleo normativo de la tradición democrática hay más bien que entenderlos como escena de pugna, negociación y compromiso entre grupos capaces de generar orden social o como lugar de legitimación de tales compromisos, de modo que por un lado el sistema político en ejercicio aparece como un poder social más, pero del que dimanan las decisiones colectivamente vinculantes. Un sistema jurídico, con su propia lógica, desde luego, pero que es el medio de realización de programas políticos y que se haya desbordado e incluso desorganizado por la necesidad de atender a imperativos contradictorios. Y ello en el medio de una opinión pública, siempre fragmentada, pero en la que se solapan lo nacional y lo internacional, es decir, que va más allá del colectivo para el que vale un sistema jurídico. Y de una formación de identidades colectivas, que cada vez se centran menos en torno al Estado nacional, sino que o bien lo superan o bien le vuelven las espaldas con el riesgo de quedar despojadas del elemento universalista, que pese a su particularismo el Estado constitucional también contiene, o ambas cosas a la vez.

Pues bien, en la medida en que en los capítulos de las constituciones, relativos a derechos fundamentales se definen elementos de la trama normativa de ámbitos de la existencia, que el sistema político tiene el encargo de proteger y que a la vez significan un deslinde frente a él, o las reglas de juego que rigen en el sistema político en la medida en que ciertos aspectos de la generación de orden social pasan por la toma de decisiones colectivamente vinculantes por vía de derecho, ¿es posible una teoría unitaria y consistente de esos capítulos?

Hasta aquí he venido contando una historia para hacer plausible una respuesta negativa. Pero tal historia no basta si se tiene presente que la amalgama de lo producido por tales principios es tal, que difícilmente la tradición liberal o la tradición democrática, al menos en su forma clásica, podrían reconocerse en la realidad política presente.

Por lo demás, cuando la teoría del Estado comenzó a hacerse imposible «teoría política normativa», fue el positivismo jurídico quien con su doble idea de que las cuestiones prácticas (de ética política) no son susceptibles de verdad y de que es posible una

ciencia del derecho como fenómenos pertenecientes a la esfera del «deber ser» desarrolla una teoría «científica» del Estado, en la que elementos de ambas tradiciones son reducidos a una teoría jurídica unitaria, también en lo tocante a Derecho Constitucional, y lo que en ella no cabe queda arrojado fuera como ideológico o al menos como algo que nada tiene que ver con él ni con el Derecho ni con la Ciencia del Derecho. Parto, pues, de aquí y vuelvo al libro de R. Alexy.

Mi tesis frente a Alexy va a ser la siguiente. No es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos sobre derechos fundamentales porque tal teoría sólo podría adoptar, en efecto, la forma de una teoría de la «Abwägung der Prinzipien» (ponderación de principios), pero tal «Abwägung der Prinzipien» no es una cuestión teorética sino política. Y si ello es así, nos vemos en la siguiente alternativa: o bien tal Abwägung se hace conforme a unos criterios de ponderación o sistema de valores arbitrarios (también jurídicamente, en el sentido de no definidos en la propia Constitución), o son objeto de validación pública, y ello sólo puede tener lugar en espacios de discusión pública de los que quepa afirmar cumplen, al menos mínimamente, los supuestos normativos de la tradición democrática. Si esto último no es posible, sólo queda la primera alternativa: la de un sistema de valores arbitrario.

Vayamos por partes. Como bien señala Alexy, una teoría de los capítulos de derechos fundamentales de una Constitución tiene que empezar siendo una teoría jurídica de los derechos fundamentales positivados en esa Constitución, por tanto, una teoría de un fragmento de derecho positivo de un determinado ordenamiento jurídico, es decir, una dogmática.

Y en una dogmática jurídica podemos distinguir tres dimensiones, una analítica, otra empírica y otra normativa. En la analítica se trata de la ordenación conceptual y sistemática de esa parte del derecho vigente. El espectro de tareas va desde el análisis de conceptos básicos hasta la investigación de la estructura de ese fragmento de ese sistema jurídico y de la relación de esa estructura con la estructura de todo el ordenamiento. La dimensión empírica de la dogmática jurídica ofrece un doble aspecto, el relativo al conocimiento mismo del derecho vigente y el relativo al empleo de premisas empíricas en la argumentación jurídica. «En la tercera dimensión, la dimensión normativa, se trata de la orientación hacia, y de la crítica de, la praxis judicial. Para esta dimensión es esencial la cuestión de cuál es en cada caso la decisión concreta y correcta partiendo del derecho vigente. En todos los casos dudosos la respuesta a esta pregunta incluye valoraciones

por parte del que pregunta. La dogmática jurídica, sobre todo en esta dimensión, es en buena medida, la tentativa de dar respuestas racionalmente fundadas a las cuestiones dejadas abiertas por el material jurídico de que se parte»[18].

Y, ¿cómo articular esas respuestas racionalmente fundadas a las cuestiones dejadas abiertas por el material jurídico? La respuesta obviamente es: la dogmática ha de contener también una teoría material de los derechos fundamentales, consistente, unitaria y consistente (por supuesto) con el material jurídico. Esta teoría (jurídica) material de los derechos fundamentales «hay que fundamentarla recurriendo a la letra de la Constitución, a la voluntad del legislador, a la jurisprudencia del tribunal constitucional..., pero como tales teorías son siempre algo más que simples repeticiones de la letra de la Constitución, de la voluntad del legislador y de la jurisprudencia constitucional averiguables empíricamente, no pueden apoyarse directamente ni en la autoridad de la Constitución ni directamente en la autoridad de la jurisprudencia constitucional... Constitución, jurisprudencia y dogmática constituyen una línea de autoridad claramente decreciente. Una teoría material de los derechos fundamentales tiene el carácter de una base de la argumentación relativa a esos derechos, no dotada de autoridad, sino apoyada argumentativamente. Ahora bien, el concepto de una base de la argumentación apoyada argumentativamente se expone a la objeción de circularidad. Pero a esta objeción se le puede hacer frente con ayuda de una distinción entre base y proceso. La idea de que en el curso de la argumentación se esté suponiendo una teoría, que sea susceptible de refutación, pero que mientras no quede refutada, constituye una base para ulteriores argumentaciones, no tiene nada de circular. La cuestión es entonces qué aspecto tiene tal teoría y cómo puede contribuir al control racional de la argumentación sobre derechos fundamentales»[19]. Con ello, aun partiendo de las posiciones del positivismo jurídico, y sin necesidad de contar historias, volvemos a dar en la tesis que venimos sugiriendo.

Pues Alexy, obviamente, tras hacer esa pregunta no tiene más remedio que recurrir al ya clásico trabajo de Böckenförde[20]. Böckenförde distingue cinco teorías posibles: la liberal, la institucional tipo Hauriou y Romano y renovada en Alemania por

---

[18] R. Alexy, *Theorie der Grundrechten*, Frankfurt, 1986, pág. 22.

[19] *Ibíd*., pág. 509.

[20] E. W. Böckenförde, «Grundrechtstheorien und Grundrechtsinterpretation», en *NJW*, 1529 ss.

Haberle, la teoría de los derechos fundamentales como valores, la democrática (hoy por ejemplo tipo Ely[21]) y la «sozialstaatliche» (si fuera posible considerarla como independiente de la liberal y la democrática, que pienso que no). Para el propio Alexy, la institucional se reduce a la de los valores, y es por esta última por la que (como buen jurista alemán, próximo al Tribunal Constitucional de su país) opta Alexy. Aceptemos esta opción, pues se diría que incluso viene sugerida por el artículo 1. 1. de la propia Constitución Española, según el cual «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Quedan entonces como alternativas posibles la teoría liberal, la teoría democrática y la teoría de los valores.

El problema es, como encuentra el propio Böckenförde para el caso de la Grundgesetz alemana (y como sería bien fácil mostrar para la Constitución Española, con lo cual el citado artículo, en lo que a su mención de valores se refiere, resulta más hueco y aun superfluo) y de la jurisprudencia constitucional alemana, que la teoría que se elige sirve de base para la argumentación posterior mientras se mantiene en un determinado tramo de la Constitución, pero queda refutada en cuanto pasa a otro. Y el caso es que lo mismo ocurre con la jurisprudencia constitucional: los jueces aplican ya una teoría ya otra. «De ello no se sigue -comenta Alexy- que a la jurisprudencia constitucional no subyazga una teoría. El concepto de teoría de los derechos fundamentales no se limita a teorías que sólo hagan valer un principio, sino que puede haber una teoría de los derechos fundamentales que parta de una pluralidad de principios»[22]. Es justo esto lo que lleva a Alexy a optar a convertir tales principios en valores y a pensar en una teoría de la «Abwägung» racional de valores o entre valores (es decir, entre principios de la Constitución, históricamente provenientes de fuentes muy distintas y con significados distintos y aun contrarios). Sin embargo, acaba el libro y vemos debatirse y perderse a Alexy en el intento de explicarnos qué puede ser eso de una teoría de la «Abwägung» racional entre valores. A mi juicio, no existe tal teoría que proporcione un procedimiento para efectuar tal «ponderación». Tal ponderación habría de tener lugar, si acaso, en el seno de la opinión pública política, en el seno de la opinión pública jurídica, etc. (en el parlamento es más bien improbable, ignoro cómo

[21] J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, Harvad, 1980.

[22] R. Alexy, *ibíd*., 516.

suceden las cosas en el Tribunal Constitucional) y las instituciones a las que compete decidir habrían de dejarse filtrar por tal discusión, de modo que la decisión resultante se haya producido en condiciones tales que, al menos presuntivamente, permitan calificarla de racional. Pero esto suena a «núcleo normativo de la tradición democrática». Si ello es así (en contra de la radicalización de la tradición liberal por Nozick, a la que en modo alguno se puede negar en la actualidad su evidente valor al menos descriptivo) se trata de una modestísima Aufhebung de la tradición liberal en la tradición democrática. Y me temo que hoy no cabe esperar mucho más (quizá mañana quepa esperar más o tal vez menos).

SISTEMA JURÍDICO, PRINCIPIOS JURÍDICOS Y RAZÓN PRÁCTICA *

1. **Introducción**

¿Existe para todo caso jurídico una única respuesta correcta? Esta pregunta formula uno de los problemas más discutidos de la actual filosofía del Derecho. Quien desencadenó la discusión fue el filósofo del Derecho de Oxford Ronald Dworkin. La tesis de Dworkin de que existe una única respuesta correcta para cada caso se incluye en una teoría de los sistemas jurídicos que se distingue fundamentalmente de teorías positivistas como las de Hart y Kelsen. Según la perspectiva positivista, el sistema jurídico es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y/o eficacia. Un tal sistema jurídico es siempre, por diversos motivos, un sistema abierto; sobre todo, por causa de la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados. Si un caso cae en un espacio vacío del sistema jurídico que no puede tampoco ser llenado en forma intersubjetivamente obligatoria con ayuda de la metodología jurídica, entonces por definición el juez no está vinculado por el sistema jurídico. Debe decidir por medio de fundamentos extrajurídicos. Su situación se asemeja en todo a la del legislador. En este caso no se puede hablar de una única respuesta correcta ya dada por el sistema jurídico, que sólo cabe reconocer.

Dworkin contrapone a este modelo de reglas del sistema jurídico un modelo de principios. Según el modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos. Los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta

---

* Este texto integra la ponencia presentada por el autor en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas, celebradas en San Sebastián en septiembre de 1988.

correcta. La única respuesta correcta o verdadera sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor se correspondan con la constitución, las reglas de Derecho y los precedentes. Dworkin reconoce que con esto no se ha encontrado ningún procedimiento que muestre necesariamente la única respuesta correcta. Sin embargo, ello no constituye una objeción en contra de su existencia. Un juez ideal, al que Dworkin llama «Hércules», equipado con «superman skill, learning, patience and acumen», es decir, con habilidad, sabiduría, paciencia y agudeza sobrehumanas, estaría en situación de encontrar la única respuesta correcta. Al juez real le corresponde la tarea de aproximarse a este ideal lo más posible.

La teoría de Dworkin de una única respuesta correcta plantea una gran cantidad de cuestiones. Aquí sólo cabe considerar una parte de ellas. Mi intervención se dividirá en dos partes. El objeto de la primera parte es la teoría de los principios. Se tratará de mostrar que los criterios de Dworkin para la distinción entre reglas y principios afectan ciertamente a puntos importantes, pero no al núcleo. Si se los analiza a fondo, queda claro que una teoría de los principios por sí sola no está en condiciones de sostener la tesis de la única respuesta correcta, lo que, sin embargo, no hace que disminuya su importancia para la filosofía jurídica, la metodología jurídica y la dogmática jurídica. En la segunda parte pretendo captar los déficits de la teoría de los principios a través de una teoría de la argumentación jurídica orientada de acuerdo con el concepto de razón práctica. La unión de ambas teorías constituye la base de una teoría del Derecho en la que rige una versión débil de la tesis de la única respuesta correcta.

2. **Teoría de los principios**

2. 1. ***Reglas y principios***

Tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. En tal caso, de lo que se trata es de una distinción dentro de la clase de las normas. Los criterios de distinción que se ofrecen son numerosos y de diverso tipo.

2. 1. 1. *La generalidad como criterio de distinción*

El criterio de distinción más frecuentemente citado es el de la generalidad. Según ello, los principios son normas de un grado

de generalidad relativamente alto, y las reglas, normas de un grado relativamente bajo. Un ejemplo de norma de un grado relativamente alto de generalidad es la norma de que todos gozan de libertad de creencias. En cambio, tiene un grado relativamente bajo de generalidad una norma que dice que todo recluso tiene el derecho de apartar a otros reclusos de sus creencias. Quien considera la generalidad como decisiva llega a la conclusión de que entre las reglas y los principios existe sólo una distinción de grado. Esto puede designarse como la «tesis débil de la separación». La tesis fuerte de la separación la representa, en cambio, quien afirma que la diferencia entre reglas y principios no es simplemente de grado, sino de tipo cualitativo. Esta tesis es correcta. Queda por saber cómo hay que fundamentarla.

2. 1. 2. *Los criterios de distinción de Dworkin*

Dworkin emplea dos argumentos. El primero dice que las reglas son aplicables en la forma todo-o-nada (all-or-nothing-fashion), pero en cambio los principios no. Si se da el supuesto de hecho de una regla, existen sólo dos posibilidades. O la regla es válida, y entonces deben aceptarse las consecuencias jurídicas, o no es válida, y entonces no cuenta para nada en la decisión. En cambio los principios, aun cuando según su formulación sean aplicables al caso, no determinan necesariamente la decisión, sino que solamente proporcionan razones que hablan en favor de una u otra decisión. El segundo argumento, vinculado con el anterior, hace valer que los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir, una dimensión de peso (dimension of weight) que se muestra en las colisiones entre principios. Si colisionan dos principios, se da un valor decisorio al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor. En otros contextos, el peso podría estar repartido de manera opuesta. En cambio, en un conflicto entre reglas que sucede, por ejemplo, cuando una regla manda algo y otra prohíbe lo mismo, sin que una regla establezca una excepción para la otra, al menos una debe siempre ser inválida.

Puede dudarse de la solidez del argumento todo-o-nada si se tiene en cuenta la posibilidad de que con ocasión de la decisión de un caso se introduzca en una regla una nueva excepción hasta entonces desconocida. Pero en tal caso, el segundo argumento de Dworkin, la tesis de que los conflictos de reglas ofrecen una

estructura enteramente distinta a la de las colisiones entre principios, ofrece un criterio de distinción adecuado. Esta tesis lleva además directamente a un punto decisivo para la teoría de los principios. Por ello se analiza más detenidamente en relación con dos decisiones del Tribunal Constitucional alemán.

2. 1. 3. *Conflictos de reglas y colisiones de principios como puntos de apoyo para la obtención de criterios de distinción adecuados*

En la primera decisión se trata de un conflicto entre una norma jurídica del Estado federal (Bund) y una norma de un land[1]. La norma jurídica del land prohíbe la apertura de puestos de venta los miércoles desde las 13 horas, mientras que la norma federal lo permite hasta las 19 horas. El tribunal resuelve este caso según la norma de conflicto «El Derecho federal prevalece sobre el Derecho del land» (Art. 31 de la Ley Fundamental), mientras que declara nula la norma jurídica del land. Este es un caso clásico de un conflicto de reglas. Las dos normas son contradictorias. Una permite lo que la otra prohíbe. Si ambas fueran válidas, la apertura los miércoles por la tarde estaría tanto permitida como prohibida. La contradicción se elimina declarando a una norma nula, por tanto, no válida, y expulsándola así del orden jurídico.

De manera enteramente distinta procede el tribunal en una decisión sobre la celebración de un juicio oral contra un inculpado al que amenaza el peligro de un ataque de apoplejía y un infarto[2]. Las normas en colisión son, por un lado, la norma del Art. 2, ap. 2, párr. 1 de la Ley Fundamental, que reconoce al individuo un derecho fundamental a la vida y a la integridad física, y, por otro lado, el principio del Estado de Derecho, en cuanto que impone al Estado el deber de garantizar un eficiente funcionamiento de las instituciones del Derecho penal. Si existiera sólo el derecho fundamental, entonces la celebración de un juicio oral que pusiera en peligro la vida y la salud de un inculpado habría que calificarla sencillamente de prohibida. Si existiera sólo el deber del Estado de cuidar de un eficiente funcionamiento de las instituciones jurídicas, entonces habría que considerar el juicio oral simplemente como obligatorio o, cuando menos, permitido. El tribunal habría, por tanto, podido resolver

---

[1] BverfGE, 1, 283 (292).

[2] BverfGE, 51, 324.

el caso eliminando del ordenamiento jurídico bien el derecho fundamental, o bien el deber. Si hubiera hecho esto habría tratado la colisión de las correspondientes normas como una *contradicción* y, por ello, como un conflicto de reglas. El proceder del tribunal sin embargo es de un tipo enteramente distinto. No habla de una contradicción entre ambas normas, sino de una *tensión*, y subraya que ninguna de ellas goza «simplemente de primacía frente a la otra», lo que sería el caso si una de las normas, como en el conflicto de reglas, hubiese sido declarada inválida. El caso ha de ser resuelto más bien a través de una ponderación, con lo cual todo depende de si «el interés del inculpado contrario a la celebración, en el caso concreto pesa de un modo claro esencialmente más que los intereses a cuya protección debe servir la medida estatal». Este es un caso prototípico de colisión de principios. El factor decisivo lo constituye el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto. Al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se le declara inválido,

2. 1. 4. *El núcleo de la diferencia entre reglas y principios*

Podría pensarse que con ello se ha dicho todo lo esencial sobre la estructura lógica de los principios, y que ahora, sobre esta base, podría comprobarse la corrección de la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta. Sin embargo, esto sería precipitado. Se podría preguntar por qué colisionan los principios de la manera descrita. Sólo esta cuestión, no planteada por Dworkin, lleva al núcleo de la diferencia entre reglas y principios. Si no se capta esto, difícilmente puede esperarse extraer las conclusiones correctas de la presencia en el orden jurídico tanto de reglas como de principios.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.

En cambio, las *reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas

o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla.

2. 1. 5. *Los principios y la separación entre Derecho y moral*

No es difícil reconocer que la presencia de principios, por tanto, de mandatos de optimización, en el sistema jurídico tiene consecuencias en cuanto al carácter de éste y al concepto de Derecho, que sobrepasan con mucho el aspecto metodológico. Donde esto es más claro es en los principios constitucionales, como los de dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de Derecho y Estado social. Si una constitución contiene estos seis principios, ello significa que se han incorporado a ella las formas principales del Derecho racional de la modernidad. El carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral. Puesto que algo análogo vale para muchos otros principios, la teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral.

El problema de la relación entre Derecho y moral ha de plantearse de nuevo bajo el aspecto de la vinculación entre la argumentación jurídica y la moral. Sobre la base del concepto de principio obtenido cabe preguntar ante todo si es posible una teoría de los principios que determine para cada caso justamente una respuesta.

2. 2. ***Teoría de los principios y única respuesta correcta***

2. 2. 1. *Teorías fuertes y débiles de los principios*

Supongamos que se pudiera crear una lista en cierto modo completa de los principios de un sistema jurídico. Puesto que no

contendría nada sobre el peso relativo de los principios, es decir, sobre la relación de prioridad entre ellos, ciertamente podría decirnos qué es lo que hay que tomar en consideración, pero no qué es lo que tiene preferencia en cuanto al resultado. Por ello, no sería mucho más que un catálogo de puntos de vista o de topoi. Esta simple relación de principios representa, desde el punto de vista de su rendimiento, la variante más débil de una teoría de los principios. La variante más fuerte sería una teoría que contuviera, además de todos los principios, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, determinara unívocamente la decisión en cada uno de los casos. Si fuera posible una teoría de los principios de la forma más fuerte, sería sin duda acertada la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta.

2. 2. 2. *Teoría de los principios y teoría de los valores*

Para descubrir lo fuerte que pueda ser una teoría de los principios desde el punto de vista de su rendimiento, hay que fijarse en la semejanza que tienen los principios con lo que se denomina «valor». En lugar de decir que el principio de la libertad de prensa colisiona con el de la seguridad exterior, podría decirse que existe una colisión entre el valor de la libertad de prensa y el de la seguridad exterior. Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. La única diferencia consiste en que en la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto *deontológico*, y en otro caso bajo un aspecto *axiológico*. Esto muestra con claridad que el problema de las relaciones de prioridad entre principios se corresponde con el problema de una jerarquía de los valores.

2. 2. 3. *Orden estricto*

Los problemas de una jerarquía de los valores jurídicamente relevantes se han discutido con frecuencia. Se ha mostrado así que no es posible un orden que conduzca en cada caso precisamente a un resultado -a tal orden habría que llamarlo «orden estricto». Un orden estricto solamente sería posible si el peso de

los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable. El programa de semejante orden cardinal fracasa ante los problemas de una medición del peso y de la intensidad de realización de los principios jurídicos o de los valores jurídicos, que sea más que una ilustración de un resultado ya encontrado.

2. 2. 4. *Orden débil*

El fracaso de los órdenes estrictos no significa sin embargo que sean imposibles teorías de los principios que sean más que un catálogo de topoi. Lo que es posible en un orden débil que consista de tres elementos: 1) un sistema de condiciones de prioridad, 2) un sistema de estructuras de ponderación y 3) un sistema de prioridades *prima facie*.

2. 2. 4. 1. *Condiciones de prioridad*

El que las colisiones entre principios deban resolverse mediante ponderación en el caso concreto, no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para el caso concreto. Antes bien, pueden establecerse, con ocasión de la decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos.

Un ejemplo lo ofrece el caso Lebach del Tribunal Constitucional alemán, en el que se trataba de una información televisiva repetida, no amparada ya por un interés informativo actual, sobre un delito grave, emitida poco antes de la excarcelación del autor[3]. La argumentación del tribunal se desarrolla en tres niveles. En el primer nivel constata una colisión entre la protección fundamental e igual de la personalidad y la libertad de información. En el segundo nivel establece que bajo una condición determinada y relativamente abstracta, esto es, la de una información actual sobre un delito grave, existe una prioridad de principio o *prima facie* en favor de la libertad de información. En el tercer nivel decide finalmente que bajo cuatro condiciones que se dan en el caso Lebach, a saber, una 1) información televisiva repetida, 2) no amparada ya por un interés informativo, 3) sobre un delito grave, 4) que pone en peligro la resocialización del autor, la protección de la personalidad prevalece sobre la

[3] BverfGE, 35, 202.

libertad de información. Esto significa que tienen validez las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente y que, por tanto, la emisión del programa televisivo está prohibido bajo estas cuatro condiciones. Lo último lleva a una idea fundamental para la relación de los niveles de la regla y de los principios, que se puede formular en una ley de colisión: las condiciones, bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el supuesto de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio prevaleciente.

Las condiciones de prioridad establecidas hasta el momento en un sistema jurídico y las reglas que se corresponden con ellas proporcionan información sobre el peso relativo de los principios. Sin embargo, a causa de la posibilidad de nuevos casos con nuevas combinaciones de características, no se puede construir con su ayuda una teoría que determine para cada caso precisamente una decisión. Pero de todos modos, abren la posibilidad de un procedimiento de argumentación que no se daría sin ellas. Este procedimiento, desde luego, debe ser incluido en una teoría completa de la argumentación jurídica.

2. 2. 4. 2. *Estructuras de ponderación*

En contra del concepto de una teoría de los principios basada en condiciones de prioridad podría hacerse valer que, puesto que las condiciones de prioridad implican reglas, sólo se necesitaría tomar en consideración estas reglas. Esta objeción lleva a un segundo elemento fundamental de la teoría débil de los principios, a la ley de la ponderación. Los principios, en cuanto mandatos de optimización, exigen una realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. La referencia a las posibilidades *fácticas* lleva a los bien
conocidos principios de adecuación y necesidad. La referencia a las posibilidades *jurídicas* implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto. Con ello se dice, grosso modo (lo que se puede demostrar de manera exacta) que el principio de proporcionalidad, con sus tres principios parciales ya mencionados, se sigue lógicamente del carácter principal de las normas, y éste de aquél. Esto no es sólo interesante para un examen teórico-estructural. Significa que una teoría de los principios conduce

a estructuras de argumentación racional, lo que no vale para un simple catálogo de topoi. A pesar de esta contribución a la racionalidad práctica que no hay que infravalorar, es, sin embargo, también clara la urgencia con que la teoría de los principios necesita un complemento a través de una teoría de la argumentación jurídica de mayor alcance.

2. 2. 4. 3. *Prioridades* prima facie

El tercer elemento de una teoría débil de los principios son las prioridades *prima facie*. Ya se mencionó un ejemplo. En una información actual sobre un delito grave, a la libertad de información le corresponde una prioridad *prima facie* frente a la protección de la personalidad. Las prioridades *prima facie* establecen cargas de la argumentación. De esta manera crean un cierto orden en el campo de los principios. Desde luego, no contienen una determinación definitiva. Si son más fuertes los argumentos en favor de una prioridad de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la carga de la prueba. Con ello, el orden depende de nuevo de la argumentación.

3. **Argumentación jurídica y razón práctica**

3. 1. ***Un modelo de tres niveles del sistema jurídico***

Las reflexiones anteriores muestran que es imposible una teoría fuerte de los principios de forma que determine para cada caso precisamente una respuesta. Esto es así no sólo a causa de la limitación del poder del conocimiento humano, que podría superar un Hércules dworkiano, sino también por razones lógicas en sentido más amplio. Pero de todos modos es posible una teoría débil de los principios. Esta, sin embargo, no determina para cada caso una única respuesta correcta. Sin embargo, la idea de una única respuesta correcta no tiene por que ser abandonada. Se puede seguir manteniendo por dos vías. La primera la recorre quien afirma que la existencia de una única respuesta correcta no depende de que exista un procedimiento que permita mostrarlo. Esta no se seguirá aquí. La segunda vía se abre con la comprensión de que la adición de un nivel de los principios al de las reglas no lleva todavía a un modelo completo del sistema jurídico. Los principios, como las reglas, no regulan por sí mismos su aplicación. Si se quiere lograr un modelo adecuado del

sistema jurídico, entonces se debe añadir a estos dos niveles que expresan, en relación con la cuestión de la corrección de la decisión, el lado pasivo del sistema jurídico, otro lado activo referido a esta cuestión. Los niveles de la regla y de los principios deben ciertamente complementarse con un tercero, a saber, con una teoría de la argumentación jurídica, que dice cómo, sobre la base de ambos niveles, es posible una decisión racionalmente fundamentada. Una respuesta concluyente a la cuestión de la única respuesta correcta sólo es posible refiriéndose a estos tres niveles.

3. 2. ***Supuestos básicos de la teoría de la argumentación jurídica***

El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la jurisprudencia se trata en definitiva siempre de cuestiones prácticas, por tanto, de lo que está ordenado, prohibido y permitido. La argumentación jurídica es por ello un caso especial de la argumentación práctica en general. Es un caso especial porque está situada bajo una serie de vínculos institucionales que brevemente pueden caracterizarse como la vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática. Estos vínculos, que pueden concebirse mediante un sistema de reglas y formas específicas de la argumentación jurídica, no llevan sin embargo en cada caso precisamente a un resultado. Esto vale tanto para la subsunción bajo reglas como para la ponderación de principios. Por lo que respecta a los principios, ha quedado claro que su estructura, en cuanto mandatos de optimización, lleva a que, siempre que exhiban un contenido moral, en su aplicación haya que contestar siempre cuestiones morales. Este es un aspecto de la tesis general de que en todos los casos más o menos problemáticos son necesarias valoraciones que no pueden extraerse obligatoriamente del material autoritativamente fijado. La racionalidad de la argumentación jurídica depende por ello esencialmente de sí, y con qué alcance, estas valoraciones adicionales son susceptibles de un control racional.

3. 3. ***Teoría procedimental***

La cuestión de la racionalidad de la fundamentación jurídica lleva así a la cuestión de la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos o morales en general. La discusión de esta cuestión se ha visto obstaculizada largo tiempo por la oposición entre dos posiciones básicas extremas de las que siempre

se presentan nuevas variantes: por un lado, las posiciones subjetivas, relativistas, decisionistas y/o irracionalistas y, por otro lado, las posiciones objetivistas, absolutistas, cognocistivistas y/o racionalistas. No existe sin embargo ningún motivo para una semejante actitud todo-o-nada. Ciertamente no son posibles teorías morales *materiales* que para cada cuestión práctica permitan extraer con seguridad intersubjetivamente concluyente precisamente una respuesta, pero sí que son posibles teorías morales *procedimentales* que formulan reglas o condiciones de la argumentación o decisión práctica racional. Una versión especialmente prometedora de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional.

3. 4. ***Discurso, única respuesta correcta, razón práctica***

3. 4. 1. *Reglas del discurso*

La pieza nuclear de la teoría del discurso está formada por un sistema de reglas del discurso y de principios del discurso, cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y de sus resultados. En otro lugar he tratado de formular explícitamente este sistema a través de un sistema de 28 reglas. Las reglas se extienden desde aquéllas que exigen no contradicción, claridad lingüística y verdad empírica, pasando por aquéllas que expresan la idea de universalizabilidad, entre otras cosas asegurando a cada uno el derecho a tomar parte en el discurso y a cada uno la misma consideración en el discurso, hasta aquéllas que rigen para la argumentación consecuencialista, la ponderación y el análisis de la formación de convicciones normativas. Este sistema de reglas que pretende formular algo así como un código de la razón práctica, no sólo complementa las reglas específicas del discurso jurídico, sino que constituye también la base para su justificación y crítica, en el marco de una justificación y crítica del sistema jurídico en su conjunto.

3. 4. 2. *Única respuesta correcta*

La cuestión de la única respuesta correcta depende esencialmente de si el discurso práctico lleva a una única respuesta correcta para cada caso. Llevaría a ello si su aplicación garantizara siempre un consenso. Ya un simple esbozo muestra claramente que varias de sus exigencias, bajo condiciones reales, sólo se

pueden cumplir de manera aproximada. Esto ya excluye un consenso para cada cuestión. Por tanto, una única respuesta correcta para cada caso sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada.

3. 4. 3. *Razón y corrección relativa*

Aquí queda aún por ver si sobre la base de semejantes idealizaciones es posible una única respuesta correcta para cada caso o si las diferencias antropológicas de los participantes en el discurso que obstaculizan el discurso hacen que, pese a las idealizaciones, puedan existir casos sin una única respuesta correcta. En todo caso, está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga sin embargo a renunciar a la idea de la única respuesta correcta, sino que únicamente da ocasión para determinar su *status* con más precisión. El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independientemente de si existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta. Las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del nivel de la regla y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional, que incluyen los de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos relativamente correctas.

(Trad. de Manuel Atienza)

SOBRE EL PATERNALISMO

¿ES ÉTICAMENTE JUSTIFICABLE EL PATERNALISMO JURÍDICO? *

En su influyente ensayo *On liberty* (1859), John Stuart Mill afirmaba:

«...el único fin en aras del cual la humanidad, individual o colectivamente está autorizada a interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la auto protección... el único propósito para el cual el poder puede ser correctamente ejercido sobre cualquier miembro de una sociedad civilizada, en contra de su propia voluntad, es el evitar un daño a los demás. No puede correctamente ser obligado a hacer u omitir algo porque sea mejor para él hacerlo así, porque ello vaya a hacerlo más feliz, porque, según la opinión de los demás, hacerlo sería sabio o hasta correcto» (1978, 135).

La intervención coactiva en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma es generalmente llamada «paternalismo» y desde la formulación radical de Mill, ha sido objeto de una no siempre fecunda discusión. Si Rousseau podía todavía hablar de la «autoridad paternal» como de lo más opuesto al «espíritu feroz del despotismo» (1964/III, 182), no son pocos hoy quienes sienten una marcada aversión frente a los términos «paternalismo» o «paternal» y prefieren recurrir a expresiones tales como «intervencionismo» o «principio de bienestar» para designar los apartamientos éticamente justificados del principio del daño a terceros. En la presente exposición habré de utilizar preferentemente el término «paternalismo» sin recurrir a eufemismos.

En los últimos años, la aparición del llamado «neoconservadurismo» y su consecuente esfuerzo por desmantelar el Estado social, considerado también como una forma moralmente inaceptable de «agresión paternalista» (Robert Nozick, 1974, 34),

---

* Una primera versión de este trabajo fue publicado en *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol XIII, núm. 3, Buenos Aires, 1987.

por una parte, y la existencia en nuestras sociedades de medidas francamente paternalistas que parecen tener un elevado grado de plausibilidad (tales como la prohibición de la venta de drogas, la imposición del uso de cinturones de seguridad en los automóviles o la obligación de hacer aportes jubilatorios, las disposiciones sobre la incapacidad jurídica de los débiles mentales, pródigos, alcohólicos o drogadictos) por otra, ha reactualizado la lectura de Mill y encendido una vez más la polémica acerca de si debe o no admitirse como único principio de justificación ética de la coacción estatal la prevención o el castigo de daños infligidos a terceros o si también existen tipos de paternalismo que son justificables éticamente.

En lo que sigue, me propongo lo siguiente:

I. Establecer algunas diferencias conceptuales entre el paternalismo jurídico y otras formas de coacción estatal que presentan algunas semejanzas con aquél desde el momento en que se apartan del principio del daño a terceros propiciado por Mill.

II. Analizar los argumentos que suelen se formulados en contra del paternalismo jurídico.

III. Considerar la posibilidad de establecer tipos de paternalismo jurídico justificables éticamente.

I

El paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón en favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida. Tal es el caso de las disposiciones relacionadas con la obligación de usar casco protector en las motos, de las leyes que prohíben bañarse en playas donde no hay bañeros, de la prohibición de venta de medicamentos sin receta, de las leyes que prohíben ciertos juegos de azar aduciendo que ellos suelen atraer más a los pobres que a los ricos, con el consiguiente perjuicio para aquéllos.

El problema del paternalismo jurídico suele ser también tratado dentro de un contexto más amplio, es decir, el de una posible función moralizante del orden jurídico, que no se limitaría a procurar prevenir daños físicos, psíquicos o económicos, sino que también podría prohibir conductas por considerarlas intrínsecamente

inmorales. Como es sabido, Lord Devlin ha sostenido esta posición que ha sido llamada «moralismo jurídico». Ejemplos al respecto pueden ser la prohibición de la homosexualidad entre adultos, de sex-shows o de actividades sexuales como la de Miss Tan, quien en un periódico londinense publicó el siguiente anuncio:

> «Entusiasta de la humillación, mi pasatiempo favorito es humillar y disciplinar hombres maduros y sumisos, fuertemente atados; dama encantadoramente bronceada invita humildes solicitantes, TV y ropa de cuero, 12 del mediodía hasta 7 de la tarde.» (Cfr. *Tur*, 1985, 176 y sigs.)

Se consideró que los servicios prestados por Miss Tan eran de naturaleza «particularmente repugnantes y perversos» y aun cuando los clientes se sometían a ellos por su propia voluntad y pleno consentimiento, significaban un insulto a la decencia publica. Miss Tan fue condenada a seis meses de arresto domiciliario y los voluntarios candidatos a ser humillados se vieron privados de sus servicios.

Existen otras dos formas de intervención coactiva relacionadas aunque no idénticas con el paternalismo jurídico propiamente dicho: cuando el Estado interviene con el propósito de asegurar un beneficio (físico, psíquico o económico) del destinatario de la medida en cuestión; y el perfeccionismo: siempre es una buena razón en apoyo de una prohibición jurídica sostener que es probablemente necesaria para perfeccionar el carácter de la persona a quien se le impone (cfr. Feinberg, 1984, 27). En estos dos tipos de intervenciones la idea de aumentar o promover el bien es la decisiva y es considerada por algunos como la única justificación éticamente admisible (cfr. Dan Brock, 1983).

He de dejar de lado aquí los problemas vinculados con el moralismo jurídico, sin perjuicio de volver al final a plantear la cuestión de hasta qué punto es posible justificar el paternalismo jurídico sin recurrir de algún modo al moralismo jurídico y asumir una posición contraria a lo que Neil MacCormick ha llamado «el principio del moral disestablishment» (1982, 18-38).

II

Tres son los argumentos que básicamente se hacen valer en contra del paternalismo jurídico:

1. el argumento utilitarista,
2. el argumento del respeto a la autonomía de la persona,
3. el argumento de la violación del principio de igualdad.

1. *El argumento utilitarista* fue ya formulado por el propio Mill y puede ser resumido de la siguiente manera:

a) Nadie es mejor juez que uno mismo con respecto a lo que daña o no daña los propios intereses: «...el hombre o la mujer más común tiene (al respecto) medios de conocimiento que superan inconmensurablemente aquéllos que puede poseer cualquier otro» (1978, 207).

b) «Las interferencias de la sociedad para anular su juicio y sus propósitos en aquello que únicamente le compete al individuo tienen que estar basadas en presunciones generales, que pueden ser todas equivocadas y, si son correctas, es probable que sean mal aplicadas a los casos individuales» (1978, 207).

c) «Todos los errores que el individuo puede cometer en contra del consejo y la advertencia están contrarrestados por lejos por el mal de permitir a otros que lo obliguen a hacer aquello que consideran que es su bien» (1978, 207).

d) «La humanidad sale ganando si permite que cada cual viva como le parezca bien y no lo obliga a vivir como le parece bien al resto» (1978, 138).

Si las premisas de Mill pretenden ser universalmente válidas son, sin duda, falsas.

En efecto, no es verdad que siempre sepamos mejor que nadie cuáles son nuestros reales intereses y mucho menos sabemos con exactitud qué medidas pueden promoverlos o dañarlos. El mismo Mill vio que tal es el caso por lo menos en dos circunstancias:

a) Cuando alguien cree que lo que más le conviene es firmar un contrato de esclavitud y renunciar de esta manera a su libertad para siempre. Estos contratos deben estar absolutamente prohibidos aun cuando quien los firma lo haga voluntariamente y convencido que ello satisface sus intereses (por ejemplo, obtener una suma de dinero que le permita salvar a sus hijos de la miseria y del hambre). Pero si ello es así, con la introducción de la libertad como valor absoluto, se abandona la línea del argumento utilitarista. La salida de Mill será sostener que la libertad es una condición necesaria de la felicidad individual o colectiva. (Como contraejemplo podría pensarse en los campesinos

libres de Castilla y León que en la Alta Edad Media renunciaban voluntariamente a su libertad en aras de la seguridad que les brindaba el señor feudal; y para los casos individuales, la felicidad que pretende tener una monja de clausura (pretensión que debería ser respetada según el argumento de que cada cual es el mejor juez de sus propios intereses.)

b) El segundo caso es aquél en el que los ciudadanos no han llegado a un nivel de desarrollo comparable con el de los pueblos civilizados de Europa:

> «El despotismo es un modelo legítimo de gobierno para manejar los bárbaros, dado el fin de su promoción y los medios realmente destinados a tal fin. La libertad, como principio, no tiene aplicación a ningún estado de cosas anterior al tiempo en el cual la humanidad se ha vuelto capaz de ser mejorada por la discusión en libertad e igualdad» (1978, 136).

En ambos casos, el o los sujetos sometidos a la acción paternalista parecen presentar algún tipo de déficit, debilidad o incompetencia que justificaría una excepción al principio del daño a terceros como fundamento exclusivo de la coacción estatal. El argumento de las presunciones generales es por cierto paradójico, como lo ha señalado Lyons (1984, 174):

> «Se basa en la suposición de que sabemos lo suficiente acerca de cómo la gente ha sido afectada por acciones pasadas para concluir que sus intereses han sido afectados por los intentos pasados de intervención paternalista. Pero ello sugiere que tenemos conocimiento suficiente de los intereses de los otros y esto parece estar en conflicto con la idea de que no conocemos los intereses de los otros lo suficientemente bien como para determinar cuándo la intervención paternalista puede estar justificada.» (Y contradiría también la primera premisa de Mill.)

Y cabría también preguntarse si el principio de daño no se basa igualmente en presunciones generales: porque se supone que una acción A daña a terceros es prohibida con carácter de generalidad, aun cuando en un caso particular la suposición sea falsa.

Por último, no hay duda que si no conocemos bien los intereses de cada cual, también se vuelve muy difícil, por no decir imposible, un cálculo del bienestar general, tal como el perseguido por el utilitarismo. Y no es tan claro que la humanidad salga siempre ganando si se permite a cada cual que viva como le plazca. También el principio de daño excluye normativamente la

posibilidad de realizar todo tipo de vida, con una clara ventaja para la sociedad en general.

Si se abandona el argumento del utilitarismo, puede buscarse una nueva vía recurriendo al argumento de la libertad también sostenido por Mill, es decir,

2. *El argumento del respeto de la autonomía de la persona*.

La intervención paternalista del Estado destruye la autonomía individual, se dice, y conduce fatalmente a la servidumbre (F. A. Hayek).

Conviene detenerse un poco y analizar el concepto de autonomía en su relación con el paternalismo. Para ello seguiré la propuesta de Douglas N. Husak (1981). Pueden distinguirse, por lo menos tres versiones de la autonomía:

a) Autonomía como oportunidad del agente para ejercer su capacidad de elección:

> «Una persona es autónoma en este sentido en la medida en que se han eliminado todos los impedimentos para que en la oportunidad del caso pueda ejercer su libertad de acción» (1981, 34).

Un ejemplo claro de este tipo de impedimento es cuando se coloca a alguien una camisa de fuerza.

Parece que hay pocos casos de paternalismo jurídico que puedan ser encuadrados dentro de este tipo de restricciones. Los cinturones de seguridad no pueden ser considerados como una camisa de fuerza y las personas que en un accidente resultan dañadas por no haber usado cinturón de seguridad tienen menos oportunidades de llevar a cabo sus decisiones. Ronald Dworkin habla por ello en estos casos de «freedom-maximazing-paternalism».

b) Autonomía como capacidad de elección.

Una persona con una camisa de fuerza tiene capacidad de elección aunque no pueda ejercerla. Algunas técnicas psico-quirúrgicas con personas que tienen un comportamiento desviado pueden ser considerados como casos paradigmáticos de interferencias con la capacidad de elección.

Es difícil decir que las intervenciones paternalistas privan por lo general a las personas de este tipo de autonomía. Puede estarse bajo coacción y, sin embargo, no perder este tipo de autonomía. Y más aún, hasta puede sostenerse con Husak que:

> «Si una intervención paternalista es eficaz para proteger el bienestar físico del agente, su capacidad de elección está en realidad preservada por la interferencia» (1981, 37).

Supongamos, sugiere Husak que el uso aditivo de ciertas drogas disminuye la capacidad de elección; en este caso, los filósofos que sostengan el valor de este tipo de autonomía tendrían que estar a favor de medidas razonales para inducir coactivamente a estas personas a que no consuman drogas, a pesar de que aquéllas tendrían carácter paternalista.

Pero habría otra estrategia par argumentar contra el paternalismo desde el punto de vista de esta concepción de la autonomía. Podría decirse que cuando se actúa paternalistamente no se le permite a la persona que elija y que la elección es hecha por otro. En este sentido deja de ser autónoma, es decir, no obedece las leyes que ella misma se impone y se entra en el campo de la heteronomía con lo que se abandona el ámbito de la moral.

Pero si se toma en serio este argumento, esto valdría para todo tipo de interferencias, también para aquéllas que no son paternalistas, es decir, que se basan en el principio del daño a terceros. En este caso, si se quiere ser coherente habría que decir que la prohibición de matar impuesta al asesino potencial lo priva de su libertad de elección (matar o no matar impunemente) y que por tanto violaría su autonomía, es decir, se trataría de una prohibición moralmente injustificable, argumento que no estaría dispuesto a aceptar quien defiende la vigencia exclusiva del principio de daño.

c) Autonomía como conformidad con la ley moral.

Esta tercera versión sostiene que no hay que confundir autonomía con libertinaje y, por tanto, lo que interesa es no sólo la capacidad de elegir sino el contenido de la elección. Podría hablarse de autonomía si este contenido coincide con la moral. Pero la incompatibilidad o compatibilidad del paternalismo con esta versión de la autonomía, como afirma Husak, «no puede ser afirmada independientemente de una investigación del contenido de la moral. Es simplemente una petición de principio asumir sin argumento que la teoría moral correcta *tiene* que proscribir todo tipo de interferencia paternalista» (1981, 39). Lo que habría que demostrar es que el paternalismo es inmoral para poder luego inferir que se ha producido una violación de la autonomía.

Si se considera que la estrategia de la autonomía no es muy fecunda para combatir el paternalismo, podría recurrirse a una tercera vía:

3. *El argumento de la violación del principio de igualdad*.

Toda medida paternalista, se dice, presupone por definición una relación de supra y subordinación, que viola uno de los principios básicos de una sociedad democrática: el principio de igualdad.

Si se miran las cosas más de cerca, no es difícil concluir que esta afirmación radical es falsa. Existen por lo pronto los casos de paternalismo recíproco: un matrimonio que no desea engordar pero que tiene una tendencia a comer dulces puede establecer una relación de control mutuo en el que cada uno de los cónyuges impida al otro ceder a la tentación de las confiterías. Estos casos, en los que se procura combatir la debilidad de la propia voluntad, se dan también en el ámbito del paternalismo jurídico cuando el Estado interviene para impedir que con su comportamiento el individuo lesione intereses propios a los que reconoce como más importantes que los deseos que motivan su conducta actual (Nino, 1984, 144). David Hume, (1956, II, 237) ha dado una formulación clásica de las causas psicológicas de la aceptación de este paternalismo:

«Cuando reflexiono sobre una acción que habré de realizar dentro de un año, prefiero siempre el bien mayor, sin importarme si en ese momento estará más o menos próximo; ninguna diferencia al respecto influye en mis actuales intenciones y decisiones. La distancia que me separa de la decisión final hace que se desvanezcan estas pequeñas diferencias de modo que no me veo afectado sino por las casualidades generales y discernibles del bien y del mal. Pero cuando me voy acercando a la fecha, las circunstancias que al principio no había tenido en cuenta comienzan a cobrar importancia e influyen en mi conducta y en mis afectos. Surge ahora una inclinación especial hacia el presente y me resulta ya difícil adherirme inflexiblemente a mi intención y resolución primeras. Esta debilidad natural puedo lamentarla en alto grado y procurar por todos los medios posibles liberarme de ella. Puedo recurrir al estudio y a la reflexión o al consejo de los amigos, a la frecuente meditación y a la reiterada resolución. Y habiendo experimentado cuán ineficaz es todo ello, puedo recurrir con alegría a cualquier otro medio mediante el cual me puedo imponer una restricción a mí mismo y me protejo frente a la flaqueza.»

Los llamados «contratos Ulises» pueden ser incluidos también dentro de este tipo de paternalismos, en los cuales no parece ser muy feliz la expresión de supra y subordinación, si es que con ella se quiere indicar una violación del principio de igualdad. El ciudadano, precisamente porque suele razonar como Ulises o de acuerdo con la explicación psicológica de Hume, puede recurrir al Estado y solicitarle su intervención paternalista para que retire de su sueldo todos los meses los aportes necesarios para la jubilación, justamente para evitar el daño futuro que podría resultar de su debilidad de voluntad. Es realmente extraño sostener que cuando el Estado actúa en estos casos viola el

principio de la igualdad democrática. Más bien se podría hablar de aquello que Gerald Dworkin (1983, 29) llama «políticas de seguro social» y que son el resultado «racional y prudente del conocimiento de nuestras debilidades y propensiones irracionales». En los regímenes democráticos, los electores suelen dar su consentimiento a la adopción de medidas por parte de sus candidatos cuando asuman el gobierno, por ejemplo, para combatir la inflación o la contaminación ambiental, que, al no ser especificadas de antemano pueden en su caso significar una intervención paternalista estatal. Lo que se otorga en estos casos es una especie de «cheque en blanco», que puede ser cobrado también en contra de la voluntad actual de quien lo emitió.

Pero si el consentimiento anterior de la persona en cuestión justifica la intervención paternalista del Estado, podría avanzarse por esta vía y sostener que en *todos* los casos en los que existió este consentimiento en realidad no puede hablarse ni siquiera de paternalismo ya que este exige por definición la posibilidad de un daño y nadie puede dañarse voluntariamente. En apoyo de esta afirmación podría recurrirse a una fórmula bien conocida por los juristas: «Volenti non fit injuria.» Esta máxima tiene una larga tradición que se remonta no sólo al Derecho Romano, sino a Aristóteles: «...por necesidad, lo justo y lo injusto requieren más de una persona... nadie comete adulterio con su propia mujer, ni allana su propia casa ni roba lo que le pertenece» (1985, 265). En este caso, Aristóteles se refiere a una interpretación de la fórmula «Volenti», según la cual «injuria» significa «agravio» en el sentido de la violación de un derecho. Los juristas conocen también la máxima «nadie puede invocar su propia torpeza», que apunta en esta misma dirección. Y ésta fue la interpretación que utilizó Mill para la formulación de su principio de daño (cfr. Feinberg, 1983, 12).

Pero también Aristóteles había señalado una segunda versión de «injuria» cuando decía que «nada sufre contra su voluntad, de suerte que, al menos en esto no es tratado injustamente, sino que, en todo caso, sólo es perjudicado» (1985, 260). Es esta segunda versión de «injuria» la que es relevante para el tratamiento del problema del paternalismo jurídico.

Sostener que los argumentos aducidos en contra del paternalismo jurídico no son muy convincentes no significa, desde luego, haber demostrado la posibilidad de su justificación moral. A este punto quiero ahora referirme.

III

Si se admite que es posible que alguien se dañe voluntariamente, es decir se acepta la segunda versión de la máxima «Volenti», y al mismo tiempo se desea poner el acento en la importancia del respeto de la autonomía de la persona, podría centrarse la argumentación justificante de algunos tipos de paternalismo en el consentimiento expreso o hipotético de quien es tratado paternalistamente. Esta es la vía seguida por Gerald Dworkin:

«...la noción básica de consentimiento es importante y me parece ser la única vía aceptable para tratar de delimitar el área del paternalismo justificado (1983, 29).

Es obvio que, por definición, este consentimiento no puede ser otorgado en el momento en que se aplica la medida paternalista (sea porque la persona se opone directamente a ella (como en el caso de Ulises cuando pide a sus marineros que lo desaten) sea porque no está en condiciones de hacerlo (por estar inconsciente o tener alteradas sus facultades)). Al caso del consentimiento expreso anterior me he referido al mencionar a Hume y los «cheques en blanco» de Dworkin. Y puede por supuesto suceder que una vez pasado un tiempo después de aplicada la medida paternalista quien fue objeto de la misma reconozca que ella fue acertada. Con el otorgamiento de su consentimiento, la medida paternalista quedaría justificada.

La apelación al consentimiento futuro presenta, sin embargo, dos graves inconvenientes señalados por Murphy (1974, 482): por lo pronto, el consentimiento posterior podría de alguna manera ser «fabricado» por el proceso paternalista. Esto es lo que suele suceder en el caso de regímenes políticos no sólo paternalistas, sino también autoritarios. La sospecha de los liberales extremos al estilo Nozick en el sentido de que el paternalismo jurídico es el primer paso hacia la dictadura quedaría así confirmada. Pero, por otra parte, podría también suceder que aun años después de la intervención paternalista, quien fue objeto de ella no esté dispuesto a aceptarla. En este caso habría que decir que la persona en cuestión debe seguir siendo objeto de atención paternalista porque no comprende la bondad de la medida. Es decir, se argumentaría circularmente: la bondad (o justificación) de la medida paternalista depende del consentimiento futuro y cuando éste no se da decimos que no ha comprendido la bondad de la medida.

El recurso al consentimiento parece indicar más bien otro

aspecto: no se trata tanto de la existencia efectiva del mismo sino más bien de un «consentimiento hipotético» (Dworkin, 1983[2], 102), de una hipótesis de racionalidad o de normalidad. Podría pensarse que la medida paternalista está justificada si «toda persona racional podría estar de acuerdo con esta medida» (Gerd/Culver, 1979, 201).

Pero si esto es lo que se quiere decir con «consentimiento futuro o hipotético», lo que en verdad se dice es que quien rechaza la medida paternalista lo hace porque en ese momento no está en condiciones de comprender el alcance de la misma. Un concepto al que podría recurrirse para aclarar esta situación es el de «competencia».

En una primera aproximación, puede sostenerse que «competencia» indica la capacidad de una persona para hacer frente racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a los desafíos o problemas con los que se enfrenta. Como existen distintos ámbitos de desafíos o problemas, puede también decirse que la competencia de una persona es siempre relativa al contexto de que se trata. Pedro puede ser competente para interpretar un contrato de compra-venta (Pedro es abogado) pero incompetente para resolver un problema de astrofísica. Pero la competencia o incompetencia puede ser relativa también dentro de un mismo ámbito con relación a diferentes personas. Juan, quien también es abogado, por ser más inteligente que Pedro, puede estar en condiciones de solucionar más rápidamente un problema de interpretación de un contrato. Sin embargo, la mayor o menor rapidez en encontrar la solución es irrelevante para la corrección de la misma. Pero podríamos decir que a pesar de que Pedro y Juan son igualmente competentes, Juan es más competente que Pedro. La aparente contradicción de esta frase indica que aquí estamos utilizando dos conceptos de competencia. Siguiendo una sugerencia de Daniel Wikler (1893, 85 y sigs.), llamaré a la competencia que es común a Pedro y a Juan «competencia básica» o «C_b», por lo menos para aquellas disposiciones que se refieren a cuestiones de la vida cotidiana (celebración de contratos simples, comprensión de las disposiciones del Código Penal). Y en los casos en los que se requiere una mayor competencia, es decir, una «C_r», el propio sistema así lo establece (por ejemplo, las disposiciones que exigen la presencia de un abogado para actuar en juicio).

La falta de «C_b» diré que es condición necesaria aunque no suficiente para la justificación de medidas paternalistas. Pienso que es plausible decir que alguien carece de «C_b» por lo menos en los siguientes casos:

a) cuando ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar (tal es el caso de quien desconoce los efectos de ciertos medicamentos o drogas o de quien se dispone a cruzar un puente y no sabe que está roto, para usar el ejemplo de Mill);

b) cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no puede llevar a cabo sus propias decisiones (es el caso de Ulises, el de los alcohólicos y drogadictos que menciona el § 114 del Código Civil alemán, o el de la flaqueza del que hablaba Hume);

c) cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas (a estos casos se refieren las disposiciones jurídicas que prohíben los duelos, o las relacionadas con la curatela de los débiles mentales);

d) cuando actúa bajo compulsión (por ejemplo, bajo hipnosis o bajo amenazas).

e) cuando alguien que acepta la importancia de un determinado bien y no desea ponerlo en peligro, se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo, pudiendo disponer fácilmente de ellos. La incoherencia que resulta de querer *X*, saber que *Y* es condición necesaria para lograr *X*, disponer de *Y*, no tener nada que objetar contra *Y* y no utilizarlo, es un síntoma claro de irracionalidad (Dworkin, 1983[1], 30). Ello permite incluir a la persona en cuestión en la categoría de quienes carecen de una competencia básica (es el caso de la obligación de los cinturones de seguridad en los automóviles y de los cascos de los motociclistas).

En todos estos casos, quien presenta una carencia de «C_b», es decir, es incompetente básico («I_b») tiene un déficit con respecto a la generalidad de sus congéneres y en este sentido puede decirse que se encuentra en una situación de desigualdad negativa. Que esta «I_b» puede ser permanente o temporaria, sectorial o total, se infiere de los casos aquí mencionados.

Es obvio que la «I_b» puede ser atribuida con mayor o menor arbitrariedad y calificar de «I_b» a un individuo o a todo un pueblo como cuando, por ejemplo, se le atribuye incapacidad para el manejo de las instituciones democráticas. Por ello si lo que nos interesa es referirnos a la «I_b» como condición necesaria para la justificación del paternalismo, convendrá exigir que esta incapacidad básica tenga un fundamento objetivo. En este sentido, parece acertado recurrir como criterio para la atribución o rechazo de una competencia básica a relaciones causales seguras (tal es el caso, por ejemplo, de los efectos de las drogas o del

alcohol o de la hipnosis o aquellas situaciones que Dworkin (1983[1], 30) llama «cognitive delusions» (cuando alguien cree que si salta por la ventana habrá de flotar en el aire) o a criterios de incoherencia lógica como en el caso *e*).

El limitar los casos de paternalismo justificable a los «I_b» y no extenderlos a los «I_r» es importante para evitar caer en una sociedad regida sólo por los más talentosos o informados de sus miembros. El paternalismo justificable no tiene por ello nada que ver con un Estado platónico gobernado por filósofos.

Que la existencia de una «I_b» elimina la objeción contra el paternalismo planteada por los propios liberales es algo que Mill parece también advertirlo cuando hablaba en el pasaje citado al comienzo de «cualquier miembro de una sociedad civilizada». La inclusión del calificativo «civilizada» indica por otra parte, que la «C_b» es también en cierto modo relativa. La competencia básica que se exige en una «sociedad civilizada» o «moderna» puede ser muy diferente a la de una «sociedad primitiva». Y es probable que a medida que aumenta la complejidad de una sociedad, aumente también el nivel de la «C_b» y consecuentemente el número de «incompetentes básicos» (basta pensar en la incompetencia del ciudadano común para llenar un formulario de impuestos). En esto reside el peligro que muchos ven en una sociedad altamente tecnificada. Pero esto no altera la relevancia de la «I_b» como condición necesaria para la imposición de medidas paternalistas justificables.

Desde luego, la verificación de que alguien es «I_b» no basta para justificar la intervención paternalista. Podría muy bien sostenerse como el juez Brandeis de la Suprema Corte de los Estados Unidos que «El derecho que más aprecia toda persona civilizada es el derecho a que la dejan tranquila» o afirmar que cada cual tiene que hacer su vida con las competencias y capacidades que les son propias y que lo más que puedo hacer cuando me encuentro con un «I_b» es compadecerme verbalmente de su destino y dejar que se las arregle por su cuenta. El paternalismo justificable requiere además un interés benevolente (Murphy 1974, 465) en el «I_b» con miras a superar los inconvenientes que trae aparejada la incompetencia básica para el propio incompetente, es decir, procurar que no se dañe a sí mismo. Si este interés benevolente no está presente, entonces o bien se interviene sólo en los casos en los que es aplicable el principio de daño a terceros o se instrumentaliza al «I_b».

Es obvio que la aplicación de medidas paternalistas supone una relación de superioridad en muchos casos, y, en este sentido de desigualdad. Ello se debe a la definición misma de incompetencia.

Pero el propósito de la medida paternalista justificable es justamente la superación de la desigualdad. Porque ello es así, puede Rawls afirmar que en la posición originaria, las personas

> «desearán asegurarse en contra de la posibilidad de que sus facultades estén subdesarrolladas y no puedan promocionar racionalmente sus intereses, como en el caso de los niños; o que por alguna desgracia o accidente sean incapaces de tomar decisiones para su propio bien como en el caso de quienes están severamente dañados o mentalmente perturbados. Es racional para ellas protegerse en contra de sus inclinaciones irracionales..., aceptando ciertas disposiciones destinadas a evitar las consecuencias desafortunadas de su comportamiento imprudente. Para estos casos, las partes adoptan principios que estipulan cuando otros están autorizados para actuar en su nombre o para dejar de lado sus deseos actuales si es necesario...» (1971, 248 y sigs.)

Precisamente porque el paternalismo justificable apunta a la superación de una desigualdad resultado de una incompetencia básica, podía decir Rousseau (1964, III, 182) que la autoridad paternal «toma más en cuenta la ventaja del que obedece que la utilidad del que ordena». Fotion (1979) parece haber recogido esta idea con su sugerencia de la «implicación completa» aplicada al modelo paternalista, es decir, que quien actúa paternalistamente (sea que se trate de un individuo, de una institución o del Estado) tiene que hacerlo no sólo por ser más sabio o estar mejor informado sino guiado por el interés de la persona a quien se dirige su tratamiento paternalista (1979, 197).

Las dos condiciones mencionadas son necesarias y su conjunción las transforma en suficientes. El razonamiento justificante de una medida paternalista tiene pues que partir de dos premisas, una de tipo empírico (la verificación de una incompetencia básica) y otra de tipo ético normativo (el déficit provocado por una incompetencia básica debe ser superado, justamente en aras de la autonomía y la igualdad que quienes sostienen la vigencia exclusiva del principio de daño consideran que son puestas en peligro por el paternalismo jurídico).

Si se admite esto, habrá que concluir que no está éticamente justificable interferir en los siguientes casos:

a) cuando alguien con competencia básica quiere dañarse y hasta privarse de la vida para castigarse a sí mismo o porque considera que la vida carece ya de sentido y la muerte es una liberación. Es el caso de quienes toman conciencia de su propia culpa y se convierten en jueces de ellos mismos como en los

ejemplos de Edipo, Judas o Rascolnicov. La segunda alternativa es el caso de Werther o de Séneca cuando decía: «En contra de todas las ofensas de la vida tengo siempre el refugio de la muerte.»

b) cuando alguien que posee competencia básica prefiere correr el riesgo de un daño seguro o altamente probable en aras de su propio placer o felicidad:

> «Sin cuidado me tiene el más allá. De esta tierra es de donde manan mis goces y este sol el que alumbra mis dolores: luego que yo los deje a ambos, que pase lo que pasar quiera y pueda... Si logras lisonjearme, trapacero, con la idea de que podré yo alguna vez estar contento de mí mismo, si con el deleite puedes engañarme, sea ese para mí el último día de mi vida... Luego podrás cargarme de cadenas y yo me iré gustoso a pique.»

> «Todos estamos cerca de la muerte. Lo único que sucede es que nosotros estamos un poco más cerca de ella porque sobre nosotros pende la espada de Damocles. A veces hay que correr riesgos en la vida; en caso contrario ella no valdría nada. Piense en el caso de los alpinistas. Me parece estupendo lo que hacen. Y, por otra parte, ¿qué significa riesgo? Todas las vías conducen a la muerte.»

La primera frase la dice el doctor Fausto en la escena III del primer acto de la obra de Goethe; la segunda, Alain Prost, campeón de Fórmula 1 en una entrevista con el semanario *Der Espiegel* del 25 de agosto de 1986.

c) cuando alguien con competencia básica arriesga su vida en aras de los demás. En esta categoría pueden ser incluidos quienes sustentan el ideal del héroe.

En los casos de un «C_b» que desea poner fin a su vida o correr riesgos extraordinarios, el paternalismo jurídico no es justificable de acuerdo con la fórmula aquí propuesta. Lo único que aquí cabe es, si se considera oportuno, utilizar el consejo o el llamado a la reflexión. Sólo si se acepta una concepción metafísico-religiosa del valor de la vida, como la que sostenía, por ejemplo Locke, o William Blackstone cuando afirmaba que «el mero acto del suicidio es prueba evidente de locura» (con lo que por supuesto se coloca al suicida en la categoría de los «I_b») (cfr. Blom-Cooper y Drewry 1976, 203) es posible justificar la prohibición del suicidio o de las actividades que ponen en grave peligro la vida.

El concepto de incompetencia básica fija un límite que algunos podrán considerar demasiado bajo. Sin embargo, me parece que es aconsejable mantenerse en esta línea de mínima y que los

casos situados por encima de ella se encuentran en una zona de penumbra en la cual es muy difícil proponer criterios de aplicación universal. Basta pensar en el caso de una posible prohibición general de fumar. El fumador podría ser asimilado al caso *e)* de las incompetencias básicas pero también al caso *b)* de quienes prefieren correr un riesgo más o menos seguro de reducir sus posibilidades de vida en aras del placer de fumar. Personalmente me inclino por esta segunda posibilidad. El argumento del peso de la tradición sugerido por Glover (1977, 180) o el de Donald H. Regan (1983, 120) en el sentido de que el montañismo «es una actividad intrínsecamente más valiosa que fumar» me parecen aventurados y me hacen pensar que tanto Glover como Regan no son fumadores. Otra es la cuestión de saber si el Estado puede desalentar ciertas actividades consideradas como riesgosas (tal es el caso de la prohibición de la propaganda de cigarrillos o la negativa de las compañías de seguros a celebrar contratos de seguros de vida con montañistas o con corredores de Fórmula 1).

Y por supuesto que tampoco es justificable intervenir en el comportamiento de los «I_b» cuando ello no se hace con intención de superar el déficit de una incompetencia básico sino justamente para reforzar una desigualdad. Nada más fácil y más reprochable moralmente que la instrumentalización de los «I_b».

La aceptación de estas dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la justificación moral del paternalismo jurídico permiten interpretarlo no sólo como moralmente permitido sino que también es posible afirmar que está moralmente ordenado como un medio eficaz para la reducción de las desigualdades. Es en este sentido un complemento necesario del principio de daño a terceros susceptible de ser interpretado como una obligación moral positiva.

Es claro que las disposiciones jurídicas se refieren a grupos de personas y tienen en este sentido un carácter general. La inclusión de una determinada persona en una clase de «I_b» es un problema con el que los juristas están bien familiarizados. Pero de aquí no puede inferirse que sobre la base del principio del paternalismo jurídico no es posible prohibir u ordenar «tipos generales de conducta» como sostiene John D. Hodson (1983, 49).

En esta exposición he recurrido continuamente al concepto de daño. Alguien podría sugerir que este concepto no ha sido aquí definido y que por tanto lo aquí dicho es insuficiente para tratar el problema del paternalismo. A esta posible objeción

quiero referirme con unas breves consideraciones finales. El concepto de «daño» es un concepto con carga moral que presupone la determinación previa de lo que debe ser considerado como valioso y digno de protección. Todo sistema jurídico es en este sentido expresión de la moral positiva o «mores» de quienes adoptan frente a él lo que Hart ha llamado «punto de vista interno». En este nivel conviene situar el problema de la legitimación de un sistema jurídico-político. Si se admite que el concepto de daño es un concepto moral que es recogido por el orden jurídico vigente, la tesis del «moral disestablishment» es falsa.

Es claro que la lista de bienes dignos de ser protegidos varía según las sociedades y los tiempos históricos. Con la lista de los bienes varía también la lista de los daños. En este sentido se puede hablar de medidas paternalistas permitidas u ordenadas en el sistema jurídico S y prohibidas en S'. Pero en ambos casos, dentro del marco de cada sistema jurídico, el concepto de daño que se utiliza cuando se habla de daños a terceros y de daños que la propia persona puede causarse es el mismo. No es que el daño a terceros sea más importante que el que uno puede causarse a sí mismo.

Si se admite, como creo que es correcto, que el punto de vista interno es condición necesaria aunque no suficiente de la existencia de un ordenamiento jurídico positivo y que aquél es expresión de la mores de los grupos políticamente significativos, no hay duda que el ordenamiento jurídico cumple, en este sentido, una función moralizante y si no refleja necesariamente el consenso moral de la población, al menos trata de generarlo (MacCormick, 1982, 34). Admitir esto significa adoptar una posición menos radical que la de Lord Devlin cuando decía que una sociedad no es un pueblo sino una comunidad de ideas, sin caer necesariamente en la identificación de crimen y pecado como temían los autores del *Wolfenden Report*. Sólo si se acepta la tesis extrema de la coparticipación unánime de una moral positiva puede concluirse que su violación, aun en la esfera privada, es una especie de traición a la sociedad, como afirmaba Devlin. Pero también es verdad, cosa que no está tan clara en las críticas de Hart a Devlin (1963), que una alteración de la moral positiva de los grupos dominantes implica un cambio en el punto de vista interno y en este sentido puede significar una alteración del sistema político-jurídico.

Muy distinta es la relación que existe entre un sistema jurídico positivo y la moral crítica o ética. Cuando un sistema jurídico positivo responde a las exigencias de la moral crítica puede decirse que posee legitimidad. A diferencia de la legitimación, la

legitimidad no es condición necesaria para la existencia de un sistema jurídico positivo, como parecen sostenerlo los partidarios de una versión extrema del moralismo jurídico.

Los argumentos que he procurado presentar apuntan a una justificación ética de algunas formas de paternalismo jurídico. Por ello la referencia al respeto de la autonomía de la persona y al principio de igualdad. Sólo cuando la medida en cuestión, aplicada a un «I_b», promueve o defiende su autonomía o aspira a la superación de un déficit de igualdad puede hablarse paternalismo éticamente justificado. Es obvio en este sentido que formas de paternalismo jurídico practicados en el pasado o en la actualidad no son éticamente justificables por más que puedan ser justificables desde el punto de vista de la moral positiva de los grupos dominantes. Estos casos ilustran una vez más la diferencia entre legitimación y legitimidad de un sistema jurídico-político, que no he de entrar a analizar aquí (para una exposición de este problema cfr. Garzón Valdés 1986).

Por supuesto que alguien podría poner en duda la posibilidad de una fundamentación racional de la ética o recoger la sugerencia de Borges en el sentido de que la ética es «una ilusión de los hombres» y concluir que existen tantos paternalismos éticamente justificables como morales positivas. Pienso que esto es falso pero la demostración de su falsedad superaría los límites que aquí me había impuesto.

BIBLIOGRAFÍA

Aristóteles (1985), *Ética Nicomáquea*, Madrid.
Blom-Cooper, Louis y Gavin Drewry (1976), *Law and Morality*, Londres.
Brock, Dan (1983). «Paternalism and Promoting the Good», en *Rolf Sartorius*, *Paternalism*, University of Minnesota Press.
Fotion, N. (1979), «Paternalism», en *Ethics*, vol. 89, núm. 2, 191-198.
Dworkin, Gerald (1983[1]), «Paternalism», en *Rolf Sartorius* (comp.), *Paternalism*, University of Minnesota Press.
—, (1983[2]), «Paternalism: Some Second Thoghts», en *Rolf Sartorius* (comp.), *Paternalism*, University of Minnesota Press.
Feinberg, Joel (1983), «Legal Paternalism», en *Rolf Sartorius*, (comp.), *Paternalism*, University of Minnesota Press.
Garzón Valdés, Ernesto (1986), *Überlegungen zum Begriff der Stabilität politischer Systeme*, Maguncia.
Gerd, Bernard y Charles M. Culver (1979), «The Justification of Paternalism», en *Ethics*, vol. 89, núm. 2, 199-210.
Glover, Jonathan (1977), *Causing Death and Saving Lives*, Harmondsworth.
Hart H. L. A. (1963), *Law, Liberty and Morality*, Standford University Press.
Hobson, eter (1984), «Another Look at Paternalism», en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 1, núm. 2, 293-305.
Hodson, John D. (1983), *The Ethics of Legal Coercion*, Dordrecht.
Hume, David (1956), *A Treatise of Human Nature*, 2 vols., Londres.
Husak, Douglas N. (1981), «Paternalism and Autonomy», en *Philosophy and Public Affairs*, 1981, vol. 10, núm. 1, 27-46.
Lyons, David (1984), *Ethics and the rule of law*, Cambridge.
MacCormick, Neil (1982), «Against moral disestablishment», en del mismo autor *Legal Right and Social Democracy*, Oxford.
Mill, John Stuart (1978), *On Liberty*, Glasgow.
Murphy, Jeffrie G. (1974), «Incompetence and Paternalism» en *ARSP*, LX, núm. 4, 465-486.
Nino, Carlos S. (1984), Ética y derechos humanos, Buenos Aires.
Rawls. John (1971), *A Theory of Justice*, Oxford.
Regan, Donald H. (1983), «Paternalism, Freedom, Identity, and Commitment», en *Rolf Sartorius* (comp.), *Paternalism*, University of Minnesota Press.
Rousseau, J. J. (1964), *Oeuvres complètes*, 4 vols., París.
Tur, Richard (1985), «Paternalism and the Criminal Law», en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 2, núm. 2, 173-190).
Daniel Wikler (1983), «Paternalism and the Mildly Retarded», en *Rolf Sartorius*, *Paternalism*, University of Minnesota Press.

PATERNALISMO Y ESTADO DE BIENESTAR

Introducción

Octavio Paz en el *Ogro filantrópico* afirma lo siguiente: «Los liberales creían que gracias al desarrollo de la libre empresa, florecería la sociedad civil y simultáneamente, la función del Estado se reduciría a la de simple supervisor de la evolución espontánea de la humanidad. Los marxistas, con mayor optimismo, pensaban que el siglo de la aparición del socialismo sería también el de la desaparición del Estado. Esperanzas y profecías evaporadas: el Estado del siglo XX se ha revelado como una fuerza más poderosa que la de los antiguos imperios y como un amo más terrible que los viejos tiranos y déspotas. Un amo sin rostro, desalmado y que otra no como un demonio sino como máquina»[1].

Esta caracterización del Estado del siglo XX que hace Paz no es exclusiva de ciertos Estados totalitarios; también se refiere a lo que en las democracias occidentales se ha llamado Estado de Bienestar.

Propiamente hablando, por Estado de Bienestar entendemos un Estado que redistribuye la producción otorgando subsidios principalmente para ciertos servicios de educación y de salud. De aquí que sea *filantrópico*. Pero es *ogro* porque muchas veces la distribución la hace independientemente de las necesidades, deseos y preferencias de los ciudadanos.

Una de las preguntas relevantes que surge cada vez que examinamos el papel de Estado de Bienestar es ¿qué tipo de intervenciones estamos dispuestos a justificar? Por esto el problema político y filosófico del paternalismo va a aparecer constantemente.

Dado que no se cumplió ni el sueño de los marxistas ni el de los liberales parece que intuitivamente la única solución a ciertas contradicciones que se presentan en la relación gobernantes-gobernados

[1] Octavio Paz, *El ogro filantrópico*, México, D. f:, Joaquín Mortiz, 1979, pág. 85.

es el Estado de Bienestar. Parecería que es el único que ha logrado conciliar la garantía de ciertas libertades básicas con un tipo de redistribución que trata de aminorar las desigualdades económicas. Esto se debe a que dicho Estado está regido por una fórmula básica que consiste: primero en la obligación explícita del aparato del Estado de dar soporte y asistencia (ya sea en dinero o en especie) a aquellos ciudadanos que tienen necesidades y se enfrentan a riesgos específicos, propios de una sociedad de mercado; dicha asistencia se da como una legalización de ciertas peticiones que se garantizan a los ciudadanos; segundo, el Estado de Bienestar reconoce el papel formal de ciertos grupos, como los sindicatos, que actúan en el regateo de ciertas políticas colectivas, formando parte de la política pública[2].

A pesar de nuestras intuiciones en favor del Estado de Bienestar, éste ha sido frecuentemente criticado tanto por ciertas corrientes de derecha, como de izquierda, por ser precisamente un Estado paternalista.

La crítica de la *derecha* apunta al hecho de que tal Estado pretende ser un remedio para ciertos males y en realidad los agrava, en lugar de armonizar ciertos conflictos de la sociedad de mercado los hace más patentes, ya que evita que las fuerzas de la paz social y del progreso funcionen correctamente. Esto es así por dos razones: primero, al tomar decisiones en favor de los grupos menos favorecidos impone cargas impositivas y regula el capital, por lo que reduce el incentivo para invertir; segundo, al proteger a ciertos sectores garantizando peticiones y otorgando ciertas titularidades disminuye el incentivo para trabajar, o para trabajar tan productivamente como se haría bajo el reino, sin cadenas, de las fuerzas del mercado.

Un ejemplo de esto en México lo constituye el sistema de propiedad agrícola ejidal, resultado de la Reforma Agraria. Por este sistema se otorga al campesino una parcela de tierra, con lo que se evita formación de latifundios. Lo que ha sucedido es que se ha impedido la inversión de grandes capitales en la agricultura y los campesinos sólo pueden producir para su propio consumo. Por esta razón México ha tenido que importar trigo y maíz.

Por su parte, lo que la izquierda critica al Estado de Bienestar es lo siguiente: 1) es ineficiente; 2) es represivo; 3) condiciona una comprensión falsa de la realidad socio-política en la clase trabajadora. El Estado de Bienestar no es en realidad un paso

[2] Claus Offe, *Contradictions of the Welfare State*, Cambridge, Massachusetts, The M. I. T., Press, 1985, pág. 147.

para transformar la sociedad capitalista sino que la estabiliza[3].

Así, se piense que las políticas del Estado de Bienestar son paliativos para que las contradicciones de clase disminuyan en apariencia. No cura las enfermedades de la sociedad capitalista, y sólo, en ciertos casos, actúa como un analgésico. Por otro lado, al crear una falsa conciencia en ciertos sectores de la sociedad hace que las personas moldeen sus preferencias buscando aquello que el Estado les dice que les conviene.

Como podemos observar, en cada una de estas críticas está latente el problema del paternalismo, por lo que es importante examinar los siguientes puntos: 1) el carácter peyorativo del paternalismo; 2) las distintas concepciones del paternalismo; 3) las justificaciones del paternalismo; 4) la distinción entre política paternalista y política de justicia distributiva.

Antes de examinar estos puntos es necesario señalar que el término de Estado de Bienestar presenta características distintas según las realidades sociales a las que se aplica. Hay ciertos países, concretamente los llamados «del tercer mundo», en los que surgen principalmente dos problemas: primero, en estos países la producción de bienes y la recaudación de impuestos no es suficiente para hablar de una redistribución, sino de un gasto excesivo por parte del Estado, que necesariamente ha desembocado en una deuda interna y externa por demás asfixiante; segundo, en la mayoría de estos países existen diversas culturas, hecho que ha sido ignorado cuando se han empleado ciertas políticas de desarrollo. John Kenneth Galbraith ha señalado que, «desde la segunda guerra mundial, ha habido una equivocación en la percepción social de nuestra época. La equivocación consiste en creer que países altamente industrializados, socialistas o capitalistas, son una guía y un modelo para el desarrollo económico y social de los nuevos países del mundo. Este error surge, en no pequeña medida, del fracaso de los países tradicionalmente industrializados para entender su propia historia, o para apreciar los orígenes y fuentes de su propio desarrollo y de su moderno bienestar»[4].

Este hecho se refleja en uno de los miles de dilemas que enfrenta la realidad mexicana: ¿en ciertas comunidades rurales se debe utilizar una tecnología más o menos complicada para obtener rendimientos más altos, sacrificando con esto ciertas prácticas agrícolas tradicionales que hasta la fecha han funcionado

---

[3] Claus Offe, *op. cit.*, pág. 149.

[4] John Kenneth Galbraith, «Ideología, subdesarrollo y agricultura», *La Jornada Semanal*, domingo 25 de enero de 1987.

más o menos bien?, ¿o se debe dejar que las comunidades sigan con sus propios sistemas de cultivo y anular así la eficiencia y la productividad?

Si elegimos la primera opción corremos el riesgo de ser paternalistas. Pero por el contrario, si nos decidimos por la segunda podemos incurrir en ineficiencia y, a veces, en irresponsabilidad.

Lo ideal sería crear una tercera opción que nos permita utilizar ciertas técnicas que vayan de acuerdo con las prácticas de las diferentes comunidades sin ser paternalistas o, en el último de los casos, si actuamos paternalistamente poder al menos recurrir a una justificación; es decir, que actuemos paternalistamente porque no hay otro recurso. Un ejemplo de esta tercera opción en México lo constituye La Sociedad Cooperativa de Cementos La Cruz Azul. Cuando esta cooperativa decidió operar en Lagunas, Oaxaca, lo hizo respetando las características culturales de la zona. Y estas características no por ser tradicionales impidieron controlar la producción de cementos mediante el uso de avanzada tecnología. Me parece que un ejemplo en España lo constituye el caso Mondragón cuyos logros tecnológicos no se lograron contra las tradiciones y la cultura vascas.

1. *Carácter Peyorativo del Paternalismo*

Antes de empezar el tema del paternalismo podríamos preguntar ¿cuál es su aspecto negativo? Voy a tomar tan sólo dos clases de respuestas: 1) a la larga reduce la utilidad; 2) viola los derechos de las personas a elaborar sus propios planes de vida.

La primera posición está presente en J. S. Mill. Recordemos lo que dice al respecto «... el principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad individual o colectivamente se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que la única finalidad por el cual el poder pueda con pleno derecho ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos porque eso fuera mejor para él, porque lo haría más feliz, porque la opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo»[5].

[5] J. S. Mill, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1970, pág. 65 (libro de bolsillo, núm. 273).

Obviamente el espíritu que inspira a la obra de Mill es la defensa de los derechos individuales o de ciertos grupos en contra del Estado; pero a éstos les atribuye características como el ser civilizados, racionales, ilustrados, etc. Por lo que respecta a grupos con características culturales distintas, Mill es ambiguo. Por una parte dice, refiriéndose a los mormones, «... un escritor reciente, de mérito considerable en algunos aspectos, propone (usando sus propias palabras), no una cruzada sino una civilizada contra esta comunidad política para poner fin a lo que él considera un paso de retroceso en la civilización. Esto también me lo parece a mí: pero no estoy seguro de que alguna comunidad tenga derecho a forzar a otra a ser civilizada. En tanto que las víctimas de la ley mala no invoquen la asistencia de otras comunidades, no se puede admitir que personas enteramente sin relación con ellas deban retener y requerir para que cese y termine un estado de cosas con el cual parecen satisfechos todos los que están directamente interesados en él porque constituye un escándalo para personas que viven a miles de millas de distancia»[6].

Por otra parte, Mill afirma que, «el despotismo es un modo legítimo de gobierno, tratándose de bárbaros, siempre que su fin sea su mejoramiento, ya que los medios se justifican por estar actualmente encaminados a ese fin»[7].

Según Mill, las políticas paternalistas, cuando no se aplican a los bárbaros, son siempre erróneas, porque constituyen una restricción a la libertad de las personas, aun cuando se considere que buscan el propio bien de éstas. Su argumento en contra del paternalismo es de carácter utilitarista: la interferencia con la libertad de la persona a la larga disminuye tanto el bienestar de la persona como el bienestar de la sociedad, entendido el bienestar como la maximización de la satisfacción de ciertos deseos jerarquizados por la propia persona según la importancia y la fuerza que tienen[8].

Los críticos de Mill han manifestado dudas acerca de la suficiencia del argumento utilitarista en contra del paternalismo. Lo que sucede es que cuando se aplica una política con un criterio utilitarista casi nunca, por ley de los grandes números, habría razones para rechazar ciertas intervenciones si con eso se maximiza la utilidad total. Algunos críticos del utilitarismo han señalado

---

[6] *Ibíd*., pág. 175.

[7] *Ibíd*., pág. 66.

[8] Cfr. Richard J. Arneson, «Mill versus Paternalism», *Philosophical Research Archives*, vol. V, 1979, Bowling Green University, págs. 89-129.

que dicho principio está relacionado con el principio de la eficiencia[9], razón por la cual los utilitaristas aceptarían ciertas restricciones a las libertades de las personas si, por ejemplo, se mejorara la producción.

Es indiscutible que a Mill le importaban la protección de ciertas libertades básicas y de ciertos derechos individuales. Sin embargo, no debemos olvidar que el argumento utilitarista ha sido empleado para justificar medidas que sin duda él hubiese repudiado. Recordemos las declaraciones de Ronald Reagan en la conmemoración de los cuarenta años del bombardeo de Hiroshima: «Gracias a la bomba atómica la vida de miles de americanos se salvó.»

Otro argumento en contra del paternalismo nos es dado por ciertas teorías de los derechos humanos.

Estas teorías encuentran su fundamento en la segunda formulación del imperativo categórico de Kant: nunca hay que tratar a las personas exclusivamente como medios, sino también como fines.

Una de las críticas actuales más fuertes al paternalismo se encuentran en el libro de Robert Nozick: *Anarchy, State and Utopia*[10].

Según Nozick, los individuos tienen derechos que ningún ciudadano, ni el Estado pueden violar. Estos derechos deben de incorporarse a una teoría política para restringir las acciones tanto del Estado como de los ciudadanos. Simplemente hay ciertas cosas que no pueden hacerse a una persona, como violar ciertos derechos, aun cuando sea por el propio bien de esa persona o para alcanzar una meta colectiva.

Cualquier política que no respetara lo que los individuos eligen *voluntariamente* violaría los derechos de los ciudadanos; de aquí que un Estado que distribuya educación y salud, que fije salarios mínimos y dé seguros de desempleo, viole los derechos de las personas que no eligen *voluntariamente* pagar por ello.

Para Nozick cualquier política paternalista violaría el único principio distributivo legítimo: «De cada quien como escoja, a cada quien como sea escogido»[11].

La falta de una definición y de una jerarquización de los derechos en la obra de Nozick hace que lleguemos a conclusiones que parecerían ir en contra del simple sentido común. No es

---

[9] Cfr. John Rawls, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, pág. 89.

[10] Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Blackwell, 1980.

[11] *Ibíd*., pág. 160.

intuitivamente obvio que la aplicación de una vacuna preventiva a una persona que ignora las consecuencias de la enfermedad que se está previniendo constituya un caso de violación a sus derechos.

Pienso que una teoría correcta de los derechos podría darnos algún tipo de fundamentación para distinguir entre políticas paternalistas y políticas propias de una justicia distributiva.

2. *Distintas concepciones del paternalismo*

Recientemente se han publicado una serie de artículos, en diversas revistas especializadas, y libros sobre el tema *el paternalismo*. Por falta de tiempo me referiré a tres posiciones: la de Gerald Dworkin[12], la de Gert y Culver[13] y la de Van der Veer[14].

Según Dworkin el paternalismo incluye tres elementos: la interferencia con la libertad de acción de una persona, la coerción y la presencia o ausencia de consentimiento. La definición de paternalismo es: «la interferencia con la libertad de acción que se justifica por razones concernientes al bienestar, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o valores de la persona o personas coercionadas[15].

Por interferencia de la libertad de acción de una persona se entiende la aplicación de ciertas regulaciones, leyes o decretos que dificultan o imposibilitan la realización de sus planes de vida.

Por coerción se entiende cuando una persona no tiene posibilidad de elección, cuando actúa para evitar una amenaza y cuando se satisfacen dos condiciones: 1) que la pena con que se ha amenazado a una persona hace que una acción sea substancialmente menos atractiva para él que otra; 2) la persona cree que se sentiría peor al desafiar la amenaza que al someterse a ella[16].

---

[12] Gerald Dworkin, «Paternalism», *The Monist*, V, 56 Núm. 1, enero 1972, págs. 64-84.

[13] Bernard Gelt y Charles Culver, «Paternalism Behavior», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, núm. 1, otoño 1976, págs. 45-77.

[14] Donald Van de Veer, *Paternalistic Intervention*, Princeton, Princeton University Press, 1986.

[15] Gerald Dworkin, *op. cit.*, pág. 66.

[16] Cfr. Harry Frankfurt, «Coercion and Moral Responsability», Ted Honderich (ed.), *Essays on Freedom of Action*, London, Routledge and Kegan Paul, 1978.

Detrás de esta caracterización se encuentra una idea, hay coerción cuando un grupo de personas tienen ciertas preferencias *X* y eligen a *Y* aun cuando sigan prefiriendo a *X*[17].

Según Dworkin es necesario distinguir algunos casos de interferencia paternalista de cierta clase de restricciones de la libertad. Consideremos por ejemplo una legislación que obliga a los empleados a no trabajar más de cuarenta horas por semana. Este tipo de determinaciones pueden considerarse como paternalistas, pero hay una forma de explicarlas que no lo es. Hay restricciones que se imponen al individuo porque son un beneficio personal y de su grupo. Pero algunos individuos se benefician al violar las restricciones porque otros se someten a ellas. En estos casos los individuos recurren a la obligación, con la cual pueden hacer efectivo el juicio colectivo sobre su interés. Así se garantiza el cumplimiento de las leyes por parte de otros individuos. Así la obligación no se usa para lograr un beneficio que las personas desconocen, sino que es la única manera de lograr un beneficio conocido.

Para hacer una diferencia entre este tipo de políticas protectivas y políticas paternalistas es quizá necesario recurrir a la historia.

Es indiscutible que muchas leyes protectivas son producto de una serie de luchas de ciertos sectores de una población. Muchas regulaciones laborales se han conseguido de esta manera. Afirmar que estas regulaciones son paternalistas sería confundir la causa con el efecto.

Hecha esta diferencia al paternalismo según Dworkin se puede definir como «...el uso de la coerción para lograr ciertos beneficios que no son considerados por las personas cuyo bien se persigue»[18].

Un argumento en favor de las políticas paternalistas es el siguiente: así como los niños y cierto grupo de enfermos carecen de capacidad emocional y cognoscitiva necesaria para tomar decisiones, ciertos adultos cronológicamente maduros también adolecen de estas deficiencias. Si se interviene en la conducta de dichas personas, se logra que realicen acciones que llevarían a cabo si usaran plenamente su racionalidad.

En ciertos casos la intervención se justifica porque existe la creencia de que en el futuro, es decir, cuando sean capaces de entender, se logrará su consentimiento. Esta extensión del paternalismo

---

[17] Cfr. Jon Elster, *Ulysses and the Sirens*, Cambridge University Press, 1984, pág. 68.

[18] Gerald Dworkin, *op. cit.*, pág. 77.

se desvanece si se examina la noción de consentimiento, ya que puede ayudarnos a delimitar ciertas áreas de justificación.

Por ejemplo, podemos pensar que un incremento en los impuestos es necesario para evitar la inflación, aunque cada mes lo resintamos en nuestro salario. En este caso, consentimos la coerción. Es una concesión que se hace a un sistema de gobierno elegido por representantes con la promesa de que actuarán para salvaguardar nuestros intereses, aunque de una manera limitada. El caso de Ulises, que pide que lo amarren al mástil del barco para no perderse ante el llamado de las sirenas es un buen ejemplo de paternalismo aceptado.

La caracterización del paternalismo de Dworkin presenta ciertos problemas: primero, no es claro que toda interferencia con la libertad de los demás sea coercitiva; segundo, la noción de consentimiento, tal como lo señala Garzón Valdés[19], puede ser circular. Esto lo veremos con más detalle posteriormente.

Una caracterización más amplia del paternalismo la ofrecen Gert y Culver[20], quienes piensan que puede haber casos de paternalismo en los que ni se interfiere con la libertad de acción, ni son coercitivos.

Pensemos en estos casos: el Estado oculta a los ciudadanos cierta información para evitarles preocupaciones; un médico no dice al paciente sobre el avance de su enfermedad. En estos casos, el paternalismo no está conectado con la interferencia de la libertad de acción; lo que sucede es que las opciones se restringen.

Para caracterizar de esta manera al paternalismo supongamos que existe una comunidad *X* que acostumbra trabajar en el campo de una manera coercitiva. Pero llega un grupo de personas *Y* que trata de convencer a *X* para que divida la tierra en parcelas individuales. *Y* actúa paternalistamente hacia *X* si y sólo si la conducta de *Y* cree que:

1. Su acción es por el bien de *X*. *Y* piensa que la gente será más responsable si la propiedad es individual, y que habrá más productividad debido a la competencia. Piensa que el incremento en los rendimientos favorecerán a toda la comunidad, no serían paternalistas, en cambio, las acciones que buscaran el bien de *Y* o de terceras personas;

---

[19] Ernesto Garzón Valdés, *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?* Ponencia presentada en el II Encuentro Hispano Mexicano de Filosofía. El pazo de Mariñán, España, septiembre 1986, pág. 12.

[20] Gert y Culver, *op. cit*.

2. que está capacitado para actuar en favor de *X*. Las personas del grupo *Y* creen que tienen más conocimientos sobre las cuestiones agrícolas y sobre motivación laboral que los integrantes del grupo *X*. Este punto es de suma importancia para el estudio del paternalismo, porque muchas veces se utiliza el argumento de la capacitación técnica para encubrir decisiones políticas y morales. Basta recordar, a manera de ejemplo, el argumento de que los ciudadanos de un país no saben cuántas armas nucleares se requieren para su defensa. Por lo cual las decisiones sobre inversión en armamentos hay que dejarlas en manos de los especialistas;

3. que de su acción resulta la violación de una regla moral, o de lo que se requiere para violar una regla moral, una acción paternalista es engañar a las personas de *X* o meter cizaña para que se desintegre la comunidad, o decirles, por ejemplo, que si trabajan en comunidad actúan en contra de la Iglesia porque el Papa, en Colombia, resaltó la importancia que tiene en el campo la propiedad privada;

4. que está justificado para actuar en favor de *X* independientemente del consentimiento de *X* ya sea pasado, presente o inmediatamente futuro.

Si *Y* tuvo el consentimiento de *X* en el pasado, o cree que lo tendrá en el futuro, la acción podría justificarse, pero no dejaría de ser paternalista;

5. y que las personas de la comunidad *X* piensan que son capaces de actuar de acuerdo con su interés y que pueden prescindir del consejo de *Y*.

Uno de los problemas que existen en la concepción de Gert y Culver se presenta con la condición tres -de la acción resulta la violación de una regla moral-, ya que si examinamos el problema de cerca podemos observar que se dan casos de paternalismo que no cumplen con esa condición. En el ejemplo anteriormente mencionado las personas de *Y* pueden sinceramente creer que si el Papa resaltó la importancia de la propiedad privada los integrantes de *Y* al trabajar la tierra en parcelas están desobedeciendo a la Iglesia.

Por esta razón Van de Veer[21], busca una caracterización del paternalismo que no implique la noción de moralidad, es decir,

[21] Van de Veer, *op. cit*.

que sea neutral. El se basa en la definición del diccionario Webster en donde se define el paternalismo como: «una relación entre el gobierno y el gobernado, entre aquél que emplea y aquél que es empleado, etc., que se refiere a un cuidado y control sugeridos por los que sigue un padre».

El énfasis en la palabra cuidado sugiere que una acción paternalista procede de un motivo benevolente o bien intencionado. Por su parte, la palabra control sugiere que la acción puede hacerse en contra de la voluntad del sujeto, o por lo menos sin su consentimiento.

Van de Veer retornando la inquietud de Dworkin examina si la noción de paternalismo se aplica necesariamente a casos en los que hay una interferencia o una restricción en las acciones de una persona o personas.

Pensemos en un caso de reforestación en una unidad habitacional para que las personas que ahí habitan puedan gozar de la naturaleza. Podría considerarse este acto como paternalismo ya que se está influyendo en las personas con el fin de beneficiarlas.

Según Van de Veer hay dos razones para no considerar a estas acciones como casos de paternalismo: 1) el uso corriente de la palabra paternalismo no es tan amplio; 2) esta caracterización del paternalismo elimina la distinción necesaria entre acciones altruistas que son paternalistas y acciones altruistas que no lo son.

Ahora bien, no siempre que se influye en la conducta de una persona, se interfiere con ella. Interferir es interrumpir un proceso o una actividad que alguien realiza o que tiene la intención de realizar, es bloquear o impedir una actividad que ha sido elegida por alguien. La interferencia paternalista puede definirse como: «una acción que es contraria a las preferencias, intenciones o disposiciones del sujeto afectado»[22].

Un sujeto *A* interfiere con las elecciones o acciones de un sujeto *S* si y sólo si, ya sea que:

1. *A* deliberadamente actúa de manera contraria a las preferencias, intenciones o disposiciones de *S*; o
2. *A* deliberadamente actúa de tal modo que intenta formar o modificar las preferencias originales de *S*, al no tener *S* las capacidades cognoscitivas para resistir, cambia sus preferencias, lo que no hubiera sucedido si *A* no hubiera actuado[23].

---

[22] *Ibíd*., pág. 18.

[23] *Ibíd*., pág. 19.

Esta definición de interferencia paternalista no excluye a aquellas acciones que pueden ser valoradas moralmente pero no las presupone.

Dada la definición de interferencia paternalista, Van de Veer define al paternalismo de la siguiente manera:

La acción u omisión de una acción *X* por parte de un sujeto *A* hacia *S* es paternalista si y sólo si:

1. *A* deliberadamente hace (u omite) *X*;

2. *A* cree que el hacer (u omitir) *X* es contrarío a la preferencia, a la intención o a la disposición de *S*, en el tiempo preciso en que *A* hace u omite *X* (o cuando *X* afecta a *S* o habría afectado a *S*, si se hubiese hecho (u omitido) *X*;

3. *A* hace u omite *X* con el fin de promover un beneficio para *S*; un beneficio que según *A* no ocurrirá a *S*; en caso de que *A* haga (u omita) *X*, o prevenir un daño a *S*, un daño que según *A* ocurrirá a *S* en caso de que *A* haga (u omite) *X*[24].

Según Van de Veer esta definición tiene las siguientes ventajas: 1) captura el uso común y corriente de la palabra paternalismo; 2) es compatible con ciertas características del paternalismo que aparecen en los diccionarios; 3) es neutralmente moral; 4) permite la introducción de omisiones realizadas por motivos paternalistas; 5) permite distinguir entre acciones altruistas no paternalistas y acciones altruistas que sí lo son.

Pienso que, efectivamente, la definición de Van de Veer soluciona dos problemas presentados por las concepciones anteriores. A diferencia de Dworkin, permite hacer una distinción entre diversas clases de interferencia; y a diferencia de Gert y Culver da una visión del paternalismo que es moralmente neutral. Por esta razón me parece que la caracterización de Van de Veer es la más defendible. Otra ventaja que tiene es que al distinguir entre distintos modos de interferencia permite hacer una diferencia entre varios casos de paternalismos. Este puede lograrse mediante un estudio de la manera como pueden cambiarse las preferencias de una persona. Es decir, un estudio de las preferencias endógenas.

Jon Elster[25], distingue cuatro formas de relación entre preferencia y la elección; la coerción, la seducción, la persuasión y la elección voluntaria. La diferencia entre estos conceptos está dada por la relación que existe entre las preferencias que alguien

---

[24] *Ibíd*., pág. 23.

[25] Jon Elster, *op. cit*., pág. 81.

tiene antes de elegir un objeto o una acción y las preferencias que resultan después de la elección.

La coerción se lleva a cabo cuando un individuo prefiere *X* a *Y*, y aun cuando alguien lo obliga físicamente a elegir *Y* sigue prefiriendo *X*.

Una elección voluntaria es una elección en la que el individuo prefiere *X* a *Y* y elige *X*.

La seducción se realiza cuando un individuo inicialmente prefiere *X* a *Y*, pero termina prefiriendo *Y* una vez que ha sido coercionado para ello. El individuo en este caso cambia sus preferencias mediante una lógica que no entiende, comportándose como un sujeto pasivo.

La persuasión puede situarse junto a la coerción y a la seducción, pero también al lado de la elección voluntaria. Puede acercarse a esta última cuando, por ejemplo, se le avisa a la persona que se le está manipulando o cuando hay un cambio de preferencias porque se tiene información que no se tenía antes.

Un estudio de las preferencias endógenas nos permitiría identificar casos de políticas paternalistas coercitivas (cuando hay coerción y seducción), de políticas paternalistas justificables (cuando hay persuasión) y de políticas no paternalistas (cuando hay elección voluntaria). El problema radica en que dicho estudio está por hacerse.

3. *Justificación del paternalismo*

El problema de la justificación del paternalismo surge simplemente del sentido común. Rechazar a un Estado paternalista no nos lleva a rechazar ciertas políticas paternalistas. Pensemos, a título de ejemplo, en la educación y en la salud.

La justificación del paternalismo puede hacerse sobre la base de distintos argumentos. A mi juicio, los más interesantes son los siguientes:

1. El argumento del consentimiento. Este argumento está ejemplificado por los casos «Ulises». La idea es que una política paternalista es justificable cuando la persona, a la que afecta la política, dio su consentimiento en el pasado o lo dará en el futuro. La apelación al consentimiento futuro presenta dos problemas: o bien puede nunca llevar, o bien puede ser fabricado[26].

[26] Ernesto Garzón Valdés, *op. cit*., pág. 11.

2. El argumento del bien de las personas. Este argumento está basado en la idea de que muchas personas no conocen cuál es su propio bien. Esto puede ocurrir por ignorancia, por falta de información relevante, o por no saber cuáles son las consecuencias de una acción.

Este argumento peca de petición de principio, ya que lo importante es tener un criterio que nos permita justificar una intervención en la concepción del bien de una persona. Recordemos la lección que nos da Molière en *El médico a pesar suyo*. Cuando el señor Robert trata de impedir que Sganarelle le pegue a Martine, su esposa, se da el siguiente diálogo:

Martine: Yo quiero que me pegue.

Sr. Robert: Lo consiento de todo corazón.

Martine: ¿Por qué se mete?

Sr. Robert: Cometí un error.

Martine: ¿Es que esto le concierne?

Sr. Robert: Tiene usted razón[27].

Martine termina señalando la impertinencia que comete el Sr. Robert cuando trata de evitar «que los maridos le peguen a sus esposas», y afirmando su gusto por los golpes. Por su parte, el Sr. Robert se ve obligado a reconocer que Martine tiene razón.

3. El argumento de las capacidades básicas. Según este argumento, una política paternalista se justificaría si la persona o personas a quienes se les aplica son incapacitados básicos.

Alguien carece de capacidades básicas cuando:

1. Ignora elementos relevantes de la situación en la que tiene que actuar.
2. Cuando su fuerza de voluntad es tan reducida o está tan afectada que no se halla en condiciones de llevar a cabo sus propias decisiones.
3. Cuando sus facultades mentales están temporal o permanentemente reducidas.
4. Cuando actúa bajo compulsión.
5. Cuando alguien acepta la importancia de un determinado bien, no desea ponerlo en peligro, y se niega a utilizar los medios necesarios para salvaguardarlo pudiendo disponer fácilmente de ellos[28].

---

[27] *Le Médecin Malgré Lui*. Acto primero, escena, 2.

[28] Garzón Valdés, *op. cit.*, pág. 13.

Me parece que el argumento de la incapacitación básica podría pecar también de circularidad, pues, como el propio Garzón Valdés lo reconoce, puede ser atribuido con mayor o menos arbitrariedad. Para que podamos justificar el paternalismo de acuerdo con el argumento de la incapacidad básica, afirma Garzón Valdés, es conveniente exigir un fundamento objetivo. Pienso que el problema radica en la fundamentación objetiva de nociones como elementos relevantes de la situación, fuerza de voluntad reducida, facultades mentales reducidas y acción bajo compulsión.

4. El argumento de los daños y los riesgos[29]. Para explicar este argumento es ilustrativo un ejemplo. Supongamos que el Estado emprende una campaña de vacunación porque una comunidad *X* está en peligro de contraer una enfermedad. Las personas de *X* se niegan a ser vacunadas. Para justificar el paternalismo es necesario tomar en cuenta los daños, los riesgos y las metas que persigue la comunidad *X*.

El Estado tiene que considerar por lo menos los siguientes aspectos:

1. el grado de probabilidad del daño, si por ejemplo, hay una epidemia, la probabilidad de que *X* contraiga la enfermedad es muy alta;
2. la gravedad del daño comparada con el riesgo que resulta de realizar la acción paternalista: hay casos en los que el daño que produce la enfermedad puede ser mortal o irreversible y la aplicación de la vacuna no implica riesgos;
3. tiene que estar convencido de que el objetivo que se persigue con una acción paternalista es importante para la comunidad: saber, por ejemplo, que las personas de *X* aprecian su salud, pero rechazan los medios para conservarla; y
4. que la acción paternalista se justifique como la mejor opción para alcanzar la meta propuesta, que la vacuna sea, en este caso, el único medio conocido para prevenir la enfermedad.

Quizá el problema de la justificación del paternalismo radique en querer encontrar un criterio único. Habrá casos en que el argumento que funcione será el del daño, otros casos en los que el argumento de las capacidades básicas será el mejor. Sólo la investigación empírica de las condiciones en las que se encuentran

[29] Cfr. Joel Feinberg, *Social Philosophy*, New Jersey, Prentice Hall, 1979, pág. 42-52.

las personas afectadas por la acción paternalista podrá ayudarnos a elegir cuál de las justificaciones de aplica mejor y por qué.

4. *Distinción entre políticas paternalistas y políticas de justicia distributiva.*

Los mexicanos nos referimos con frecuencia a nuestro Estado como «Papá gobierno», pero, a mi juicio, este adjetivo se emplea sin ningún rigor. Nuestra historia está llena de ejemplos de políticas paternalistas, pero también debemos reconocer que un país con tantas desigualdades hay muchas políticas que son el resultado de una mínima justicia distributiva. Para poder hacer una diferencia tenemos que fijar nuestra atención en tres aspectos:

1. El aspecto histórico. Este aspecto se refiere a la manera como se obtuvo una legislación. En muchos casos algunas protecciones y garantías que se encuentran en una Constitución no son concesiones que realiza el Estado por el bien propio de los ciudadanos, sino que son logros obtenidos por ciertos sectores de la sociedad. Un sinnúmero de leyes que protegen a los campesinos y a los trabajadores se han obtenido de esta forma.

En esos caso, en palabras de Dworkin, «la obligación no se usa para lograr un beneficio que las personas desconocen, sino que es la única manera de lograr un beneficio conocido»[30].

2. El aspecto de integridad personal. Bajo este aspecto se afirmaría que una política corresponde a un Estado justo cuando contribuye a formar o a garantizar la integridad de las personas.

Podemos distinguir tres clases de integridad:

a) La integridad corporal, que se refiere a la preservación del cuerpo y a la conservación de la salud.

b) La integridad de la personalidad, que se realiza cuando se respetan las preferencias de las personas, cuando se le amplían las posibilidades de elección o cuando se cambian las preferencias de acuerdo con un criterio de justificación.

c) La integridad de la imagen que uno da de sí mismo. Un gobierno o un grupo de personas ataca la integridad de alguien cuando da una opinión falsa de su imagen, cuando encarcela o castiga a un hombre inocente, cuando trata a una persona como enfermo, ignorante o disidente.

---

[30] Cfr., pág. 8.

En este caso, como en el anterior, cualquier cambio en la imagen de una persona tiene que ir acompañado de un criterio de justificación. Para el caso del enfermo, por ejemplo, podemos emplear el argumento de la incapacidad básica.

La integridad del cuerpo, de la personalidad y de la imagen que una persona tiene de sí mismo es lo que se denomina *persona social*[31];

3. El aspecto de los bienes primarios. Un Estado tiene el deber de asegurar las capacidades de los ciudadanos para adquirir algunos bienes primarios. Por bienes primarios podemos entender cierto ingreso y cierto bienestar entendidos como una petición legal de los medios materiales necesarios para satisfacer las necesidades y los intereses de las personas, ya sea como individuos o como miembros de la comunidad[32].

La concepción de ingreso y de bienestar puede variar de acuerdo con las personas, los grupos y los países ya que son nociones relativas a los intereses y a las necesidades de éstos[33].

Lo mínimo que el Estado justo debe hacer es dar ciertas facilidades para que cada uno de los ciudadanos forme una persona social y desarrolle las capacidades que le permitirán adquirir los bienes primarios.

Conclusiones

Creo que en pocos países el problema del paternalismo es tan singular como en México. Por esto creo que una investigación teórica al respecto puede contribuir a aclarar ciertos aspectos de las discusiones propias de lo político. Estoy consciente de que el problema de México no es exclusivamente el de padecer un Estado paternalista, pues no se pueden olvidar los problemas que se derivan de la «vecindad» con los Estados Unidos de América, tales como la dependencia económica y, hasta cierto punto la cultural. Sin embargo, concluiré con unas reflexiones sobre el Estado mexicano en tanto que Estado de Bienestar.

Existen en México cerca de ocho a diez millones de indígenas, divididos entre cincuenta y seis grupos étnicos y lingüísticos,

---

[31] La idea de persona social está basada en un texto inédito de Ronald Dworkin llamado *Draft of Lecture of Rights*.

[32] Cfr. Amartya Sen, «Rights and Capabilities», en Ted Honderich (ed.). *Morality and objetivity*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1985, págs. 130-148.

[33] Cfr. John Rawls, «Fairness to Goodness», *The philosophical Review*, October 1975, págs. 536-554.

que hablan más de cien lenguas diferentes, que tienen distintas formas de organización y distintas concepciones del mundo. En 1982, cuando Miguel de la Madrid realizaba su campaña para la presidencia, Apolinar Cruz, vocero del Consejo Nacional de Pueblos Indígenas, afirmó lo siguiente: «el paternalismo del gobierno, de los antropólogos, de los partidos políticos y de las iglesias, nos han quitado la iniciativa. Ha corrompido a generaciones, ha opacado nuestra conciencia étnica y de clase. En razón del paternalismo, incluso las obras u servicios públicos nos empobrecen y endeudan más de lo que nos benefician. Y si ello no fuera suficiente, se convierte en un círculo vicioso, pretende protegernos hasta que estemos listos para actuar por cuenta propia, pero evita la capacidad de cuidarnos solos»[34].

La queja de Cruz coincide con la percepción de Galbraith: «He tenido la ocasión de admirar al consumado ideólogo que al pasar por una selva asiática o sudamericana, puede decir si es capitalista o comunista, y que ejercita una habilidad similar al llegar a un poblado agrícola. Cometemos un grave, incluso, un tonto error, cuando trasladamos a la agricultura los conceptos y el debate ideológico correspondiente al maduro mundo industrial, y al hacerlo retardamos el verdadero desarrollo que buscamos»[35]. En México, por ejemplo, a los campesinos se les ha privado de sus tierras comunales, se les han impuesto sistemas de cultivo que les son ajenos, se les ha repartido tierras que no pueden trabajar. Los grandes proyectos políticos mexicanos que se han llevado a cabo para mejorar la producción de granos básico, como el SAM (1978), el PRONAL (1982), el PRONADRI (1984) han fracasado. México, entre 1982 y 1985, tuvo que importar nueve millones de toneladas de granos.

De este hecho se ha concluido, tal como lo dice la crítica de la «derecha»[36], que la intervención del Estado obstruye y frena la producción. Sin embargo, la iniciativa privada tampoco ha dado una solución. Por otro lado, algunas investigaciones sociológicas y antropológicas han demostrado que cuando se han respetado las tierras comunales y cuando la repartición de tierras ha ido acompañada de los medios adecuados para trabajarla la producción ha aumentado considerablemente. El problema no radica

---

[34] Cfr. Alan Riding, *Vecinos distantes. Un retrato de los mexicanos*, México, Joaquín Mortiz, Planeta, 1985, págs. 241-262.

[35] Keneth Galbraith, *op. cit*..

[36] Cfr. Beatriz Canabal Cristiani, «El campo y los campesinos, hacia 1985 », *Revista Mexicana de Sociología*, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, año XLVII/núm. 1, enero-marzo, 1985, págs. 207-209.

en el reparto de la tierra, si esa la hay, sino en la burocratización y en la corrupción.

Quizá sea más acertada la crítica de la «izquierda», aunque no se ve la posibilidad, ni a corto ni a largo plazo, de una socialización que garantice la diversidad cultural. Creo que por el momento ni siquiera existe la estrategia realista para posibilitarla.

Mi tesis es que el Estado de Bienestar sigue siendo la única alternativa política a defender, siempre y cuando garantice la conducción de los tres aspectos necesarios para la formación de los ciudadanos como personas sociales. El Estado tiene que dar los medios necesarios para asegurar:

1. La integridad física, esto es, seguridad en lo que se refiere a los servicios de salud.
2. La integridad psicológica, es decir, un servicio adecuado de educación que permita a ciertos grupos expresarse y actuar de acuerdo con sus preferencias y ampliar la gama de posibilidades de elección; pienso que en algunos casos puedan cambiarse ciertas preferencias aun de un modo paternalista, si tenemos un criterio de justificación como es el caso de la medicina preventiva y de la educación obligatoria.
3. La conservación de la imagen que ciertas personas tienen de sí mismas. Se ha tachado a los indígenas de bárbaros, de ignorantes, de separatistas y de disidentes. En pocas palabras, se ha confundido lo que es el desarrollo social de esas comunidades con la integración cultural al mundo occidental. Sin embargo estoy consciente del peligro de la tesis de que «hay que dejarlos solos», por eso insisto en que debemos distinguir entre desarrollo social e integración cultural. Un ejemplo de lo que se puede hacer lo constituye, en México, el sistema de enseñanza bilingüe, solicitado por ciertos grupos autóctonos e impulsado por la Secretaría de Educación Pública. Mediante este sistema se conserva la lengua local sin restarle importancia al español. Así los indígenas pueden decidir qué imagen dan de sí mismos.
4. Me parece importante afirmar que el Estado debe de incrementar la capacidad de los ciudadanos para adquirir los bienes primarios. No se trata de que el Estado distribuya, por ejemplo, alimentos o servicios, sino de que otorgue las capacidades para que las personas las adquieran de acuerdo con sus intereses y necesidades. Uno de los fracasos de la Reforma Agraria en México es que se ha repartido la tierra sin dar a los campesinos la capacidad para trabajarla.

Los programas de justicia distributiva que ha organizado el

Estado mexicano no han tenido éxito porque éste ha actuado como papá.

Si el Estado mexicano dejara a un lado sus actitudes paternalistas, si se llevaran a cabo las propuestas contenidas en algunas de las numerosas investigaciones empíricas efectuadas sobre las necesidades, costumbres y tradiciones de ciertos grupos minoritarios; si se lograra combatir la corrupción, lubricante y engrudo del sistema político mexicano, quizá la dependencia económica disminuiría. Así, poco a poco, el Ogro Filantrópico Mexicano se desvanecería ante los dos ideales de cualquier teoría política: la justicia y la igualdad.

PATERNALISMO Y BIEN COMÚN

El término «paternalismo» es ya peyorativo. Suele referir a un cierto tipo de protección o ayuda no justificado. No obstante, hay casos en los que no es sólo lícito, sino una obligación el proteger o ayudar. Me propongo aquí aportar algunas ideas para aclarar la distinción entre el paternalismo justo y el injusto. La misma definición de paternalismo es un caso de ambivalencia. Consta de una parte negativa y otra positiva. Es paternalista: 1) la acción de inmiscuirse en la libertad de otra persona, 2) con la intención de defender su bien.

No creo que sea un disparate asociar ambas partes de tal definición con la distinción hecha por Isaiah Berlin entre libertad negativa y libertad positiva. Cabría decir que es paternalista la acción de coartar la libertad negativa con el fin de hacer viable la positiva. Veámoslo despacio. Es sabido que la libertad negativa alude, según Berlin, a la posibilidad de actuar sin intervención ajena, mientras que la positiva significa el poder de decidir por uno mismo o -como ha notado certeramente Alfonso Ruiz Miguel- la posibilidad de *querer* con autonomía. Las libertades negativas son las libertades cívicas. La positiva es la *capacidad* de autogobernarse, la participación real en la elaboración de las normas jurídicas y sociales. Libertad *de* coacción y libertad *para* querer, decidir, pensar, actuar. Ser libre en el sentido positivo quiere decir ser plenamente sujeto y no objeto, plenamente fin y no sólo medio para los demás. Spinoza, Kant o Stuart Mill son claros defensores de tal forma de libertad.

Es precisamente la libertad positiva, la libertad sin reservas, la que el propio Berlin contempla con mayor escepticismo, reconociendo la dificultad que entraña llevarla a la práctica. Es difícil, incluso, defenderla teóricamente sin caer en contradicciones. Porque es una libertad que supone saber, discernimiento de lo que debe ser, de los valores adecuados, de lo que hay que preferir y querer. La posibilidad de decidir es, en primer lugar eso: *posibilidad* material, estar en posesión de unos requisitos indispensables.

Sin embargo, éstos son, a su vez, condición necesaria pero no suficiente. Pues la libertad positiva no es sólo posibilidad de, es también *capacidad*, habilidad para decidir, querer o hacer sabiamente. Gozar de libertad positiva consiste en ser *competentes* en tanto seres libres.

La libertad así entendida, como competencia para elegir bien, por complicada y difícil que parezca, es un ideal que no debe ignorarse si no queremos quedarnos con una noción «excesivamente liberal» de libertad, que es la que nos brinda la libertad negativa. Libertad como un simple «dejar hacer», que no atiende a los muchos y variados impedimentos para la plena autonomía. Berlin cuida de señalar que no debe confundirse la coacción o intervención con la debilidad o incompetencia, con la incapacidad física o psíquica. La libertad -dice- no debe ser confundida con la igualdad o la justicia, la cultura, la riqueza o la conciencia tranquila. Si la libertad de unos depende de la miseria de los otros, el sistema es injusto. La pérdida de la libertad de aquéllos tal vez producirá mayor justicia, pero no producirá mayor libertad. Observación la de Berlin perfectamente aceptable al tratarse -como es el caso- de la libertad negativa, pero que no vale para la positiva. Ahí, capacidad o competencia y libertad son difícilmente separables. No sólo la debilidad o la incompetencia, del orden que sean, incapacitan para el autogobierno: éste, la libertad positiva, queda bien definida como *competencia* para elegir, es decir, como saber elegir. Por ello, y volviendo al tema del paternalismo, hemos de preguntarnos hasta qué punto es lícito restringir la libertad negativa -impedir o inmiscuirse en ciertas acciones- a fin de educar y adiestrar en el ejercicio de la libertad positiva. Hasta qué punto es lícita la coacción dirigida a garantizar la igualdad de oportunidades. Hasta qué punto, en definitiva, la justa realización de la democracia -autogobierno- implica la servidumbre a una voluntad general.

Aceptemos la distinción de Nietzsche según la cual el mundo lo componen dos tipos de personas: los fuertes y los débiles. Sin que por ello tengamos que suscribir al mismo tiempo la inadmisible moral nietzscheana. Los fuertes, si lo son en el sentido pleno y «moral» de la palabra, tendrán que subordinar la libertad al deber. La virtud de la fortaleza nunca ha podido alejarse demasiado de la de la temperancia: hay que preferir lo preferible, optar por la dignidad, luchar por lo que merece ser defendido. En cuanto a los débiles, no puede serles negada la libertad ni, por tanto, la dignidad que es premisa de aquélla. Dicho de otra forma, las instituciones deberán proteger al débil, al incompetente, al incapaz de ejercer dignamente su libertad. Deberán hacerlo

competente. Del mismo modo que hemos identificado la libertad positiva y la competencia para elegir sabiamente, llamamos ahora incompetente, incapaz de ser libre al débil de ánimo, al disminuido físico o psíquico, al desposeído. Son débiles los niños, los enfermos, los pobres, los delincuentes, los drogadictos. Si la definición del paternalismo habla de una restricción de la libertad del otro con la intención de proporcionarle un bien, entiendo, pues, que se trata de restringir la libertad negativa para educar en la positiva. Convertir al incompetente en competente. Ahora bien, la legitimación de tal tipo de acción pasa por una adecuada comprensión de la competencia.

El paternalismo en principio y por definición se autojustifica: se limita la libertad de alguien con vistas a su bien. Lo cual permite suponer que ciertas personas poseen un saber o competencia que les autoriza a intervenir en una felicidad que no es la suya. Fue precisamente esa segunda parte justificativa la que condenó Stuart Mill rechazando a su vez cualquier forma de paternalismo. Recordemos la célebre cita: «El único fin que autoriza a la humanidad, individual o colectivamente, a intervenir en la libertad de otros, es la *autoprotección*. El único propósito que permite ejercer correctamente el poder sobre cualquier miembro de la comunidad civilizada, contra su voluntad, es *prevenir el daño a otros. En su propio bien, físico o moral, no es motivo suficiente*.»

Pero ahí Stuart Mill exagera o no distingue con precisión suficiente. Si aceptamos como una realidad que hay personas débiles, necesitadas de protección, no sólo en el sentido negativo -protección del posible daño ajeno-, sino en el positivo -protección para actuar-, hemos de admitir también la licitud de un cierto paternalismo. El que, efectivamente, busca y va dirigido al bien del otro. Conviene aclarar, pues, de inmediato, qué es el bien del otro, quién lo decide o conoce, si se trata del bien de un individuo o puede hablarse asimismo del bien de la sociedad.

La misma distinción entre fuertes y débiles nos da la primera respuesta. El competente es el fuerte, el superior en cualquier de los sentidos posibles: cronológico, cultural, político, económico, religioso, profesional. A partir de esa realidad -de la superioridad de unos sobre otros- las sociedades han ido estableciendo y sancionando una serie de relaciones: amo y siervo, gobernante y gobernado, padre e hijo, profesor y discípulo, clérigo y fiel, médico y enfermo, y tantas otras de carácter parecido. A ciertos propósitos, ésas son, en efecto, relaciones de competencia-incompetencia.

Pero sólo a ciertos propósitos. Los locos, los delincuentes, los niños, los pobres, los enfermos son incompetentes en determinadas circunstancias, cuando actúan como tales, pero no en cualquier caso.

Este es, a mi juicio, el punto importante y fundamental para aclarar el concepto de competencia que aquí interesa. La relación entre competencia y paternalismo nos permitirá distinguir entre el paternalismo justo y el injusto, de acuerdo con los siguientes criterios.

1. No hay propiamente paternalismo, porque se trata de un paternalismo justificado, cuando existe un *deber* de protección al otro. El tal deber hace suponer que uno sabe cuál es el bien del otro, qué le conviene. No sólo lo sabe, sino que tiene la obligación de saberlo y procurarlo. Tiene unas obligaciones con respecto al otro. Pensemos en relaciones como las que dan o deben darse entre padres e hijos, profesores y alumnos, gobernantes y gobernados, médicos y enfermos. En todas ellas, hay un deber de protección y asistencia, que, en la mayoría de los casos, conlleva un recorte de la libertad del otro, pero un recorte justificado puesto que quien lo hace conoce de veras -o debería conocer dada su especial condición- el bien del otro.

2. Hay «paternalismo», en el sentido peyorativo, común, no justificable, del término, cuando bajo la apariencia de que se está protegiendo a un individuo o grupo, de hecho se está persiguiendo el propio bien, defendiendo el propio interés. Bajo el nombre del bien común, quiere imponerse una cierta ideología. En tal caso, la relación entre competencia e incompetencia desaparece porque no la hay. El paternalista se está atribuyendo un saber, un poder y unas capacidades que no tiene en absoluto. Y, por lo mismo, atribuye al otro una incompetencia igualmente desprovista de fundamento. Pienso en casos como el de la «protección» a un hijo ya mayor de edad, la imposición por parte del médico o el capellán de sus convicciones sobre, por ejemplo, la eutanasia, la prohibición oficial del juego por parte del Estado con el fin de «proteger» a los pobres. Todos aquellos casos en los que la ayuda o protección ha de entrecomillarse, porque no hay razones obvias para hacerlo: huele a chamusquina, a engaño, a manipulación el interés real que se está defendiendo.

Ahora bien, distinguir en la práctica el paternalismo justificado del que no lo es, entre la competencia fundamentada y la autoatribuida sin fundamento, entre la promoción de un bien real y la de un sospechoso «bien común», es más complicado. Dworkin y Murphy, en sendos escritos, nos orientan sobre posibles criterios. Según Dworkin, «el paternalismo sólo se justifica

si preserva una mayor libertad para el individuo». Murphy es algo más explícito cuando dice que «el paternal ismo se justifica en aquellos casos en que los bienes primarios están en peligro grave o irreversible, y no en otros casos». Es precisamente esa idea de «bienes primarios» la que quiero utilizar para echar algo más de luz en el problema de la competencia.

Creo que una buena definición del incompetente, débil, inhábil, en el sentido en que aquí interesa, es a que lo identifica con el que no sabe o no puede procurarse por sí mismo los bienes primarios básicos, para lo cual necesita ayuda parcial o total. Es el caso, otra vez, del niño, el enfermo o el analfabeto, el caso de quienes carecen de uno o varios de los bienes reconocidos como fundamentales para sobrevivir con dignidad y poder hacer uso de la libertad. La salud, la vivienda, el trabajo, la educación son condiciones sin las cuales la vida humana como tal no llega a realizarse. Quien no posee ni tiene acceso a tales bienes, es, en la medida en que le faltan, débil e incompetente.

Proporcionar los bienes básicos -o los medios para acceder a ellos- a los desposeídos, es el primer *deber de justicia*. Un deber, pues, individual, pero que debe ser regulado colectivamente. Un deber individual en la medida en que es social y es político. Compete al Estado y a las instituciones hacerse cargo del problema y subsanar los desequilibrios. De entre los teóricos contemporáneos de la política, Rawls es, sin duda, quien más se ha acercado a la formulación de unos principios mínimamente concretos de justicia distributiva: el principio de igualdad de oportunidades, y el llamado «principio de la diferencia», el cual admite las desigualdades sociales y económicas siempre que éstas estén ordenadas y dirigidas hacia el beneficio del más desprotegido. Es decir, conviene distribuir desigualmente los bienes precisamente para favorecer al menos competente. Todavía, según Rawls, y quizá con un exceso de optimismo, la instauración y la puesta en práctica de los principios de justicia irá produciendo en los ciudadanos algo así como un hábito de la justicia. De tal forma que, tanto institucional como individualmente, la sociedad será cada vez más justa.

Si esto fuera cierto, si la teoría rawlsiana se hiciera realidad, nada de lo que ella postula sería paternalismo en el sentido negativo del término. Al contrario, se trata de obligaciones políticas y sociales dirigidas a promover el bien primario y fundamental, condición necesaria para cualquier otro bien: la igualdad básica de los ciudadanos. Sólo habría que reprocharle a Rawls que coloque tales principios de la justicia en segundo lugar, después de un primer principio, que es el que proclama la igual libertad de

todos. Si es cierto lo que aquí estoy defendiendo, esa igual libertad -negativa, pero, sobre todo, positiva-, no es viable mientras falte la igualdad básica, cuya promoción constituye, a mi juicio, la única forma de paternalismo justificado.

Dicho brevemente, el paternalismo se legitima cuando lo que busca es hacer justicia. Que el débil lo sea menos o deje de serlo. El paternalismo se justifica cuando su ejercicio promueve la distribución de los bienes primarios. Pero no se justifica cuando se inmiscuye en la distribución de otro tipo de bienes no regulables colectivamente porque depende de opciones personales no generalizables. Aquellos bienes para cuya determinación no existen profesionales ni competentes: el tipo de educación que deba darse a los hijos, el tipo de trabajo que uno desea para sí, la forma de vida que cada cual apetece. Aquellos bienes, precisamente, de cuya elección o rechazo cada cual ha de poder responder en tanto individuo libre y autónomo. El padre de familia deja de «educar», el médico deja de «sanar» cuando interviene en un asunto que ya no es de su competencia. Cuando el supuesto «bien del otro» no es ya el bien del enfermo *qua* enfermo o el del niño *qua* niño. Es, por el contrario, un supuesto «bien general», fruto de unas convicciones, unas creencias, unos intereses cuya imposición se hace aprovechando el *status* superior y privilegiado del padre o del médico en cuestión. Tal paternalismo no se justifica porque universaliza lo que no es universalizable, pretende elevar a la categoría de un «se debe» lo que sólo es un deber derivado de determinadas convicciones.

Para volver a la noción de libertad positiva, de donde habíamos partido, hay que decir que el paternalismo estará justificado siempre y cuando vaya dirigido a hacer posible el autogobierno. No cuando por libertad positiva o autogobierno se entienda la realización de un cierto tipo de persona o sociedad. Digamos que de lo que se trata es de que toda persona lo sea realmente, no de que se haga a imagen y semejanza de un modelo previamente determinado.

Hay ciertos ejemplos recurrentes en los estudios sobre paternalismo. Una buena parte de ellos no hace sino abundar en la trivialidad característica del uso del ejemplo en la filosofía anglosajona: si es o no paternalista la prescripción del cinturón de seguridad a los conductores de automóvil o del casco a los motoristas. Son ilustraciones que sólo ayudan a banalizar el tema. Otros ejemplos, más complejos e interesantes, son los que hacen referencia a ciertas restricciones expresas en el derecho laboral: las prohibiciones de trabajo a niños o las limitaciones del horario laboral. Asimismo, los casos concernientes a ciertos deberes

con los marginados, procedentes de culturas distintas y supuestamente inferiores: ¿es lícito, por ejemplo, «civilizar» a los indios de los países latinoamericanos?, ¿se cuenta entre los bienes primarios cierta idea de civilización?

La respuesta a tales perplejidades, sean o no triviales, es una y la misma. Se trata de decidir en cada caso si el bien que está en cuestión ha de ser considerado como prescriptivo para todos: universalizable. Si se trata de una cuestión de justicia. Es evidente que hay que decidirse sobre cuáles son esos bienes primarios y universalizables. De lo contrario, no tiene sentido seguir hablando de derechos humanos: los derechos o los bienes de la humanidad en cuanto a tal. Sin un cierto norte, carece de perspectiva el progreso moral, la moral como tarea colectiva. Carece de perspectiva la justicia. Debe haber, realmente, un bien común, transcultural, el contenido de esa voluntad general que hace que la democracia sea mínimamente gobernable.

Tal vez la primera forma de acercamiento a ese bien común sea la negativa, la negación de todos aquellos bienes supuestamente comunes, la negación de todos los ídolos que pretenden uniformar lo que no hace ninguna falta que se uniformize ni que se iguale. El paternalismo no justificado es un engaño, una atención ilegítima al bien del otro. Es, desde luego, difícil delimitar los bienes básicos de los que no lo son. Pero sí debe decirse que sí hay y debe haber «profesionales» competentes para decidir y promover los bienes básicos, sí hay unos deberes institucionales y personales con vistas a la protección de tales bienes, la definición y precisión de los mismos -los bienes primarios- no es competencia de nadie y es, a la vez, competencia de todos. Es, sucintamente, el ejercicio de la libertad positiva.

BIBLIOGRAFÍA

Isaiah Berlin, «Two Concepts of Liberty», en Anthony Quinton, ed., *Political Philosophy*, Oxford University Press, 1977.

Gerard Dworkin, «Paternalism», en R. Sartorius, ed. *Paternalism*, University of Minnesota Press, Mineapolis, págs. 19-34.

Jeffrie C. Murphy, *Incompetence and Paternalism*.

John Rawls, *A Theory of Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1972.

Alfonso Ruiz Miguel, «Sobre los conceptos de la libertad», *Anuario de Derecho Humanos*, núm. 2, Universidad Complutense, Madrid, 1983, págs. 315-349.

John Stuart Mill, *On Liberty*, Collins, Glasgow, 1962.

DISCUTAMOS SOBRE PATERNALISMO

1.

Victoria Camps, Paulette Dieterlen y Ernesto Garzón Valdés han abordado en sus intervenciones un mismo tema, el del concepto y justificación del paternalismo, y lo han hecho además partiendo de perspectivas metodológicas e ideológicas muy próximas entre sí, lo que les ha llevado, finalmente, a sostener tesis sustancialmente semejantes. Pero como la semejanza no es lo mismo que la identidad, creo que puede tener sentido efectuar un breve análisis comparativo de los tres enfoques, con el único propósito de dibujar algo así como un mapa conceptual del paternalismo que muestre qué lugares o regiones del mismo conservan todavía alguna bruma que convenga disipar. Por lo demás, los contornos del mapa están trazados con bastante nitidez, como resultado de la adscripción de los tres a una misma concepción -analítica o postanalítica- de la ética.

Ello no quiere decir, por cierto, que no haya nada que discutir fuera de los límites del mapa en cuestión. No quiere decir, dicho de otra manera, que no pueda trazarse *otro* mapa conceptual del paternalismo. La intervención de Eligio Resta obedece, precisamente, a este propósito, aunque quizás pudiera pensarse que en lugar de dibujar *otro* mapa de la *misma* realidad geográfica, ha explorado, sencillamente, otras tierras, con habitantes y lugares diferentes. Pero vayamos ya al tema del paternalismo.

2. Una definición de paternalismo que incluya (por tanto, no que coincida exactamente) con las sugeridas, explícita o implícitamente por los tres, podría ser la siguiente:

«Una conducta (o una norma) es paternalista si y sólo si se realiza (o establece):

a) con el fin de obtener un bien para una persona o grupo de personas y

b) sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (es decir, de los presuntos beneficiarlos de la realización de la conducta o de la aplicación de la norma).»

Y a partir de esta definición, los problemas a discutir podrían ser los siguientes:

2. 1. El primero es el de si las dos condiciones que aparecen en la definición tienen que darse, en efecto, conjuntamente (y ninguna otra) para que pueda hablarse de paternalismo. Aparentemente, la respuesta dada desde los tres enfoque es afirmativa (sin entrar aún en la cuestión de cómo deban interpretarse exactamente dichas condiciones), pero me parece que en todos ellos -aunque quizás en grados distintos- puede percibirse alguna ambigüedad como consecuencia de las connotaciones ideológicas del concepto de paternalismo; o, dicho de otra manera, como consecuencia de que el paternalismo a secas (prescindiendo, por tanto, de la valoración positiva o negativa que el mismo pueda merecer) no aparece siempre nítidamente distinguido del buen o mal paternalismo. Veámoslo.

En el caso de Victoria Camps, esta ambivalencia -que ella misma no deja de reconocer- es bien marcada. Por un lado, su trabajo pretende ser una contribución a «aclarar la distinción entre el paternalismo justo y el injusto», pero, por otro lado, nos encontramos con que, en su opinión, el paternalismo justificado no es «propiamente paternalismo», de manera que el paternalismo en sentido estricto o propio vendría a coincidir con el paternalismo injustificado, con el paternalismo «en el sentido peyorativo» de la expresión.

Algo parecido ocurre también con la contribución de Paulette Dieterlen. Por un lado, muestra su preferencia por el concepto de paternalismo dado por Van de Veer, fundamentalmente porque éste «da una visión del paternalismo que es moralmente neutral», habla incluso de «políticas paternalistas justificables» y de que «en algunos casos» pueden cambiarse ciertas preferencias «aun de modo paternalista». Pero, por otro lado, en otros momentos de su exposición, tiende a identificar «paternalismo» con «paternalismo injustificado», es decir, utiliza el término en un sentido claramente peyorativo. Por ejemplo, cuando sugiere que «una teoría correcta de los derechos podría darnos algún tipo de fundamentación para distinguir entre políticas paternalistas y políticas propias de una justicia distributiva»; o, al final del trabajo, cuando achaca la falta de éxito de los programas de justicia distributiva del Estado mexicano a que «éste ha actuado como papá», y expresa su deseo de que en el futuro deje a un lado «sus actitudes paternalistas».

Ernesto Garzón Valdés, por el contrario, no comparte la actitud de quienes «sienten una marcada aversión frente a los términos «paternalismo» o «paternal» ,y declara su intención de

utilizarlos «sin recurrir a eufemismos», lo que significa que pretende utilizar un concepto neutral de paternalismo que le permita distinguir entre paternalismo justificable y no justificable desde un punto de vista ético. Ahora bien, Garzón Valdés sostiene también en su trabajo que se debe distinguir el paternalismo tanto de los casos en que el Estado interviene con el propósito de asegurar un beneficio al destinatario de la medida, como de los del llamado perfeccionismo moral. Con respecto al primer tipo de supuestos, me parece que éstos pueden distinguirse, en efecto, de manera más o menos nítida del paternalismo (y aunque Garzón no sea en su trabajo muy explícito ni sobre esto ni sobre el mismo concepto de «paternalismo», pues aquí se está pensando en casos en que los destinatarios, en cuanto colectividad o en cuanto clase -piénsese, por ejemplo, en muchas normas de Derecho laboral de carácter «tuitivo»- son, en realidad, quienes han promovido la medida, de manera que no se daría (o no se daría claramente) la condición *b)* de la definición de paternalismo. Lo que no veo, sin embargo, es por qué no hayan de considerarse como ejemplos de paternalismo los casos de perfeccionismo moral que, tal y como parece entenderlos Garzón Valdés, cumplirían las condiciones *a)* y *b)*. Como explicación de esta ambivalencia -o, sencillamente, indefinición- me atrevo a sugerir la siguiente. Garzón parece mostrar frente al perfeccionismo moral una actitud más bien de rechazo. Si incluyera estos supuestos dentro del paternalismo, se encontraría con que no podría fácilmente seguir utilizando este término sin adscribir al mismo una carga emotiva de signo negativo. En consecuencia, opta -aunque, insisto, no de manera muy clara- por distinguir el perfeccionismo moral del paternalismo, más bien que por considerar a aquél, y en bloque -pues el perfeccionismo moral podría no estar justificado nunca-, como paternalismo injustificado.

Sea como fuere, me parece que una primera diferencia entre los tres autores -una diferencia, si se quiere, esencialmente de actitud- es que en Camps y en Dieterlen el concepto de paternalismo tiene una carga peyorativa que no se da en el caso de Garzón Valdés. Como consecuencia de ello, las dos primeras parecen añadir (aunque no sin ambigüedades) una tercera condición a la definición de paternalismo sugerida al comienzo de este apartado: que se trate de conductas o normas injustificadas éticamente.

2.2. Un segundo problema -o conjunto de problemas- se plantean a propósito de cómo haya que interpretar las condiciones *a)* y *b)* de la definición de paternalismo ya indicada.

Victoria Camps da una definición de paternalismo que la lleva

a identificar esas condiciones, respectivamente, con la libertad positiva y la libertad negativa. «Si la definición del paternalismo habla de una restricción de la libertad del otro con la intención de proporcionarle un bien, entiendo, pues, que se trata de restringir la libertad negativa para educar en la positiva.» Esta definición de paternalismo plantea, en mi opinión, los siguientes problemas. El primero es que no parece valer para lo que, como se acaba de ver, Camps consideraba como propiamente paternalismo, pues la definición sugiere, claramente, una carga emotiva de signo positivo. El segundo problema es que cabe pensar en supuestos de paternalismo en los que no se coarta la libertad negativa de nadie. Serían los casos -señalados por Dieterlen- en que el paternalismo no consiste en realizar una acción positiva, sino una omisión: por ejemplo -y se trata de ejemplos ciertamente interesantes-, cuando el Estado o el médico dejan de dar ciertas informaciones para evitar preocupaciones o sufrimientos. Por definición, la libertad negativa sólo puede afectarse mediante un hacer positivo, no mediante un dejar de hacer. Y el tercer problema es que, me parece, cabe pensar también en comportamientos paternalistas -que además probablemente justificaría Camps- que no tengan como finalidad hacer viable la libertad positiva de una persona o grupo de personas. En efecto, si por libertad positiva se entiende -como lo hace Victoria Camps- «el poder de decidir por uno mismo», entonces me parece que hay supuestos de paternalismo que no tienen que ver con la libertad positiva, pues las personas a quienes se dirige la acción (los beneficiarios de la acción paternalista) son justamente personas que carecen de ese poder y que además no lo van a adquirir. Un ejemplo interesante de ello -que además es un comportamiento paternalista sancionado penalmente (al menos en el Código Penal español)- son ciertos supuestos de esterilización de subnormales. ¿No cabría incluso interpretar que en estos casos lo que ocurre es que se prescinde de la libertad positiva de una persona en aras de su libertad negativa? Quizás pudiera pensarse que Victoria Camps se deja llevar un poco aquí por la fuerza metafórica de la expresión «paternalismo», y de ahí la suposición de que a quien se administra la medida *paternalista* es siempre a un *hijo*, es decir, a una persona que *sólo transitoriamente* carece de la capacidad de autogobierno.

La definición de paternalismo de Paulette Dieterlen obvia estos dos últimos problemas, pero plantea, a cambio, otros dos, conectados con la manera de entender la condición *b)*. El primero de ellos podría plantearse así. Siguiendo a Van de Veer, Dieterlen entiende por «interferencia paternalista» «una acción que

es contraria a las preferencias, intenciones o disposiciones del sujeto afectado», y sugiere que pueden darse diversos tipos de paternalismo, según «la manera como pueden cambiarse las preferencias de una persona». Me parece, sin embargo, que se puede hablar también de paternalismo en situaciones en que no se produce un cambio en las preferencias de una persona, sino que, sencillamente, no se consideran sus preferencias. Tal ocurre en muchos casos en que se adoptan medidas paternalistas en favor, por ejemplo, de menores de edad o de deficientes mentales (o, incluso, de seres de generaciones futuras, si es que en este caso puede hablarse también de paternalismo), no sólo sin su consentimiento, sino también sin su conocimiento (pues éste parece ser irrelevante o, si se quiere, no puede hablarse propiamente de conocimiento). Si esto es así, habría que aceptar -en contra de lo que sugiere Dieterlen- que hay supuestos de paternalismo que no suponen el cambio de las preferencias de una persona mediante coerción, seducción o persuasión.

El segundo problema es que, en cierto sentido, el concepto de paternalismo de Dieterlen es también excesivamente amplio. Me refiero con ello a que no me parece que se pueda hablar de paternalismo en los supuestos de persuasión a que ella alude. O, mejor dicho, habría que distinguir aquí -y esta distinción no puede trazarse en relación con los casos de coerción o seducción- dos supuestos. El primero de ellos se da cuando A realiza en el tiempo t_1 una conducta contraria a las preferencias de B, y posteriormente, en el tiempo t_2 A persuade a B para que cambie sus preferencias, de manera que la conducta de A no es vista ya por B, en el tiempo t_2, como contraria a sus preferencias. Aquí podría hablarse de paternalismo, según la definición propuesta al comienzo del apartado, pero la persuasión no tendría que ver con el concepto de paternalismo como tal (la conducta paternalista sería la realizada en el tiempo t_1) sino, en todo caso, con el de justificación de acciones paternalistas (justificación que puede darse en un momento posterior, en el tiempo t_2). El segundo supuesto lo tenemos cuando A persuade a B en el tiempo t_1 para que modifique sus preferencias, y en el tiempo t_2 A realiza una acción que hubiese sido contraria a las preferencias de B en el tiempo t_1. Ahora bien, la acción realizada en el tiempo t_1 (suponiendo que cumple la condición *a)*, es decir, que se ha efectuado buscando el bien de B no puede considerarse paternalista (o, por lo menos, no necesariamente), pues eso sería confundir el paternalismo con cualquier proceso educativo (contrariamente a lo que parece sugerir Paulette Dieterlen, yo no creo que pueda hablarse de paternalismo, por ejemplo, cuando se produce un

cambio en las preferencias de un sujeto como consecuencia de haber recibido informaciones que no poseía anteriormente). Y la acción realizada en el tiempo t_2 no es sencillamente paternalista, porque está de acuerdo con las preferencias de B.

La noción de paternalismo que maneja Ernesto Garzón Valdés también debiera, en mi opinión, aclararse en relación con un par de puntos conectados igualmente con la condición *b)* de la definición de paternalismo propuesta. El primero es que él, al igual que Victoria Camps, parece suponer que el paternalismo implica siempre una intervención *coactiva* en el comportamiento de una persona. Pudiera pensarse que, no obstante lo dicho anteriormente a propósito de Victoria Camps, la posición de Garzón Valdés es inatacable, pues él se refiere al paternalismo *jurídico*, a las medidas paternalistas previstas en una norma jurídica, esto es, en una norma que, al menos en última instancia, posee una sanción coactiva (de hecho, refiriéndose al paternalismo jurídico, Garzón habla de «prohibición» o «mandato», es decir, de enunciados que, al menos en sentido amplio, pudieran considerarse coactivo -lo que sería menos claro tratándose, por ejemplo, de permisos-). Frente a esto podría contraargumentarse así. En primer lugar, que no está claro que su artículo se refiera *exclusivamente* al paternalismo jurídico, pues, de hecho, en algún caso utiliza ejemplos de paternalismo no jurídico y, además, Garzón no se encuentra entre los autores que sostienen la tesis de la separación radical entre moral y Derecho. En segundo lugar, que también parece haber casos de paternalismo jurídico, al igual que los hay de paternalismo moral, que no implican intervención coactiva. Al fin y al cabo, el Estado o el médico que omiten informar a los ciudadanos o a sus pacientes pueden actuar -suelen actuar- en cumplimiento de una norma jurídica (que, por cierto, pudiera no ser ni una prohibición ni un mandato, sino una autorización, un permiso).

El segundo punto se refiere a su afirmación de que la aplicación de medidas paternalistas supone una relación de superioridad, o de supra y subordinación, *en muchos casos*, pero no en todos (por tanto, las medidas paternalistas no irían siempre, o no irían necesariamente, en contra del principio de igualdad). Garzón pone como ejemplos los casos de paternalismo recíproco o los «contratos Ulises» (Ulises pide a sus compañeros que le aten al mástil para no oír los cantos de las sirenas). Pero su argumentación no me parece convincente, por dos razones. En primer lugar, porque la característica de la intervención coactiva que, hemos visto, parece poner en la definición de paternalismo, implica precisamente relación desigualitaria (entre iguales no

hay coacción posible), de manera que ambos puntos de vista (que el paternalismo suponga intervención coactiva, pero no necesariamente una relación de jerarquía) parecen ser incompatibles. En segundo lugar, los ejemplos puestos por él no prueban, me parece, lo que él pretende. Tanto en relación con el llamado paternalismo recíproco como con los contratos Ulises podría pensarse, bien que existe consentimiento por parte de los destinatarios de las presuntas medidas paternalistas, o bien que no existe. Ahora bien, si existe consentimiento, entonces, de acuerdo con la condición *b)* de la definición, lo que no existe es paternalismo. Y si se entiende que no existe consentimiento -que, por tanto, son casos genuinos de paternalismo-, entonces todavía podría contraargumentarse así. En el caso del matrimonio de golosos (paternalismo recíproco), lo que se produce realmente es una sucesión de relaciones de supra y subordinación, aunque los dos esposos se alternen en la situación de represor y reprimido. Y algo parecido ocurriría también con los contratos Ulises, pues aquí la supra y subordinación existiría en el momento de aplicación de la medida paternalista (la jerarquía no sería ya alternativa, sino transitoria, pero jerarquía al fin y al cabo).

3. La definición de paternalismo indicada al comienzo del apartado 2. sugiere la siguiente definición de paternalismo justificado éticamente:

«Una conducta o una norma paternalista está justificada éticamente si y sólo si:

a) está realmente encaminada hacia la consecución del bien objetivo de una persona o una colectividad;

b) los individuos o la colectividad a quien se aplica o destina la medida no pueden prestar su consentimiento por poseer algún tipo de incapacidad básica -transitoria o no-, y

c) se puede presumir racionalmente que estos prestarían su consentimiento si no estuvieran en la situación de incapacidad indicada en *b)* y (por tanto) conocieran cuál es realmente su bien.»

A propósito de esta definición y de la forma en que está planteado el tema de la justificación ética del paternalismo en las contribuciones de Camps, Dieterlen y Garzón Valdés, se me ocurre plantear los siguientes problemas.

3.1. En relación con la noción de bien, me parece claro que no puede ser suficiente una noción puramente subjetiva, es decir, que quien establezca la norma o realice la conducta *quiera* realmente el bien de su destinatario. Yo diría que esta idea subjetiva de bien forma parte de la definición de paternalismo, pero la justificación ética del mismo exige, como condición necesaria aunque no suficiente, que se trate de un bien objetivo. Esto significa

aceptar no sólo que existe el bien en sentido objetivo, sino que además puede ser conocido, de manera que para poder articular una teoría justificatoria del paternalismo hay que sostener un cierto objetivismo -o absolutismo- ético, al igual que una concepción cognoscitivista de la ética. Esta idea me parece que está expuesta en forma bastante clara tanto por Victoria Camps como por Ernesto Garzón Valdés (aunque ambos utilicen a veces un lenguaje un tanto «subjetivista» al hablar de los bienes), pero está bastante menos clara en el caso de Paulette Dieterlen. En opinión de esta última, el argumento del bien de las personas, utilizado para tratar de justificar éticamente las conductas paternalistas, «peca de petición de principio, ya que lo importante es tener un criterio que nos permita justificar una intervención en la concepción del bien de una persona». Ahora bien, sí lo que se quiere decir con ello es que el requisito del bien de las personas no es un requisito *suficiente* para justificar una medida paternalista, entonces no habría, me parece, nada que objetar. Pero si se interpretara de otra manera -y parece posible hacerlo-, creo que habría que pensar que es la propia Dieterlen quien incurre en petición de principio, en cuanto que su argumentación -ilustrada con un pasaje de «El médico a palos», de Molière- parece presuponer que sólo uno mismo conoce cuál es su bien, es decir, presupone como ya dada la conclusión del argumento: que no hay bien en sentido objetivo.

Un problema distinto al anterior es el de cómo delimitar la idea de bien. A propósito de esto, me parece interesante el argumento de los daños y de los riesgos traído a colación por Dieterlen, y que cabe entender en el sentido de que la medida paternalista sólo estará justificada si resulta ser un medio técnicamente adecuado para la consecución del fin, del bien perseguido, y siempre que no suponga la destrucción de otros bienes de igual o parecido valor. E igualmente importante es la distinción (que, con mayor o menor grado de elaboración, se encuentra en los tres) entre bienes básicos o primarios (vinculados esencialmente con la idea de igualdad y universalidad) y bienes de carácter secundario (bienes no generalizables y que dependen de las distintas opciones personales). En definitiva, se trata de objetivizar la idea de bien y, al mismo tiempo, de interpretarla en el sentido más restrictivo posible, para que pueda ser compatible con el valor de la autonomía.

3.2. En relación con el concepto de capacidad o competencia básica, Dieterlen entiende (su crítica se dirige a Ernesto Garzón Valdés, pero cabría extenderla también a Victoria Camps, quien utiliza un concepto semejante) que «podría pecar también de circularidad,

pues... puede ser articulado con mayor o menos arbitrariedad». Yo no diría, sin embargo, que lo que dicho concepto plantea sea exactamente un problema de circularidad, sino más bien un problema de penumbra, pues no permite, en efecto, trazar una línea de separación nítida entre los componentes y los incompetentes básicos. Pero esto no me parece en principio un defecto grave, pues, por un lado, podría tratarse de precisar aun más dicho concepto -sin prescindir de él- y, por otro lado, un cierto grado de vaguedad resulta siempre inevitable en relación con cualquier concepto que queramos usar en el terreno de la ética.

De todas formas, creo que el problema de la determinación de los incompetentes básicos no está del todo bien resuelto por Garzón Valdés. En su exposición hay dos pasajes que muestran, me parece, un mismo problema de fondo. El primero se plantea a propósito de la distinción que establece entre la obligación de usar cinturones de seguridad en los automóviles, que parece justificar (pues no querer ponerse el cinturón y sentir al mismo tiempo aprecio por la vida sería señal bastante inequívoca de incompetencia básica), y la prohibición de fumar, de la que no parece ser partidario (el fumador estaría -el lector ya habrá adivinado que Garzón Valdés es un fumador impenitente- entre los competentes que prefieren correr un riesgo en aras del placer de fumar). El ejemplo puede parecer trivial, pero creo que es interesante por lo siguiente. Garzón centra su teoría de la justificación ética del paternalismo en la noción de incompetencia básica y, en cierto modo, también en la de bien primario (una medida paternalista estaría, en su opinión, justificada si y sólo si se aplica a un incompetente básico para procurarle un bien primario). Sin embargo, en su trabajo parece haber descuidado un tanto la cuestión de con arreglo a qué procedimiento deben (los competentes básicos) definir cuáles sean esos bienes y quiénes sean esos incompetentes; es decir, ha descuidado la noción de aceptación o consenso racional. Precisamente, una de las condiciones que suelen establecerse como requisito para la producción de un consenso racional es que se respete el principio de universalización o de igualdad de trato: los individuos que presentan unas mismas características esenciales deben ser incluidos dentro de una misma categoría y, por tanto, deben ser tratados igualmente. (No se entiende por qué haya que ser más condescendientes con el fumador que con el que se niega a ponerse el cinturón de seguridad aunque, desde luego, cabría también ser tolerantes con ambos -ésta sería mi postura- y dejarles en paz, mientras no ocasionen daños a terceros; no está de más recordar, sin embargo

-ni siquiera entre éticos de profesión- que esta última condición no la cumplen quienes fuman en locales cerrados.)

El otro pasaje de su trabajo a que antes me refería es éste: «El razonamiento justificante de una medida paternalista tiene, pues, que partir de dos premisas, una de tipo empírico (la verificación de una incompetencia básica) y otra de tipo ético normativo (el déficit provocado por una incompetencia básica debe ser superado, justamente en aras de la autonomía y la igualdad).» Lo que aquí me parece discutible es plantear la primera premisa como una cuestión exclusivamente empírica. La aplicación del concepto de incompetencia básica a casos concretos quizás pueda verse como un problema de tipo empírico, pero antes de ello hay un problema que no lo es (o que no es exclusivamente empírico), el de determinar quiénes deben decidir, y de qué manera, lo que sea una incompetencia básica. Parece difícil que esto pueda hacerse si no es apelando a la noción de consenso o aceptación racional: si se dieran ciertas condiciones de racionalidad, se produciría un acuerdo sobre qué bienes deban considerarse como primarios y, por tanto (pues la noción de incompetencia básica quizás pueda considerarse como derivada de la de bienes primarios) a qué individuos hay que conceptuar como incompetentes básicos.

3.3. El reproche fundamental que, me parece, puede dirigirse a los tres a propósito del requisito *c)* de la definición de medida paternalista justificada, es el de no haberle dado toda la importancia que tiene y que, en mi opinión, consiste en lo siguiente: sin él, los otros requisitos se quedan en el vacío, ya que, ¿cómo determinar de otra manera lo que sea un bien primario o un incompetente básico?

Victoria Camps se conforma, por ejemplo, con señalar, al final de su trabajo, que «la definición y precisión de los mismos -los bienes primarios [aquí podría añadirse también los incompetentes básicos]- no es competencia de nadie y es, a la vez, competencia de todos. Es sucintamente, el ejercicio de la libertad positiva». ¿Pero cómo saber que quien ejerce la libertad positiva lo hace de manera racional? ¿Por qué han de ser racionales las decisiones democráticas de la mayoría? Paulette Dieterlen despacha el «argumento del consentimiento» en unas pocas líneas y se limita a señalar (apoyándose en el propio Garzón Valdés) las dificultades del concepto de consentimiento futuro. Pero la noción interesante aquí, me parece a mí, no es la de consenso real -presente o futuro-, sino la de consenso ideal o ficticio.

Precisamente, Ernesto Garzón Valdés señala esto mismo en su trabajo, pero, inmediatamente después de haberlo hecho, da

un giro en su exposición que me parece problemático. «Pero si esto es lo que se quiere decir con «consentimiento futuro o hipotético», lo que en verdad se dice es que quien rechaza la medida paternalista lo hace *porque* en ese momento no está en condiciones de comprender el alcance de la misma. Un concepto al que podría recurrirse para aclarar esta situación es el de «competencia». Y me parece problemático porque, como ya he dicho, el concepto de competencia (o de incompetencia) no puede sustituir al de consenso racional, como parece sugerirlo Garzón Valdés, pues este último es, sin duda, más básico que el otro; se necesita el concepto de consenso racional -o alguna otra idea de racionalidad- para definir lo que sean bienes primarios e incompetencias básicas.

En conclusión, mi opinión es que la teoría de la justificación del paternalismo de Garzón Valdés (y lo mismo cabría decir de la de Camps) resulta, en cierto modo, incompleta. A esto apunta también Dieterlen en su examen de los diversos criterios propuestos para la justificación del paternalismo, si bien no puedo estar tampoco completamente de acuerdo con su postura. «Quizá el problema de la justificación del paternalismo radique en querer encontrar un criterio único. Habrá casos en que el argumento que funcione será el del daño, otros casos en los que el argumento de las capacidades básicas será el mejor. Sólo la investigación empírica de las condiciones en que se encuentran las personas afectadas por la acción paternalista podrá ayudarnos a elegir cuál de las justificaciones se aplica mejor y por qué.» Ahora bien, a mí me parece que en el terreno de las justificaciones éticas no se puede actuar de manera, por así decirlo, oportunista, pues en tal caso ni siquiera se podrá hablar de justificación. De lo que se trata, creo yo, es de elaborar un *único* criterio de justificación, pero un criterio que sea al mismo tiempo complejo, en el sentido de que debe articular los tres requisitos indicados en la definición: una medida paternalista sólo se justifica éticamente si promueve bienes de tipo primario, se aplica a incompetentes básicos y puede presumirse racionalmente su aceptabilidad; por lo demás, como señala Garzón Valdés, el que una medida paternalista esté éticamente justificada no significa solamente que sea lícito tomarla, sino también que puede no ser lícito dejar de tomarla.

4. Mí punto de vista sobre el paternalismo, sobre el concepto y justificación ética del paternalismo, está sintetizado en las dos definiciones con que comienzan los apartados 2 y 3. Para expresarlo todavía de manera más sintética, diré que consiste en combinar una definición amplia -lo más amplia posible- de

paternalismo, con un criterio estricto -lo más estricto posible- de justificación ética de acciones o normas paternalistas. En el fondo, no creo que difiera del punto de vista de Victoria Camps, Paulette Dieterlen o Ernesto Garzón Valdés, pero espero que eso no haga del todo superfluas estas páginas.

SIGAMOS DISCUTIENDO SOBRE EL PATERNALISMO

Manuel Atienza ha formulado una serie de observaciones críticas a mi trabajo sobre el paternalismo jurídico a las que quiero referirme brevemente.

Pienso que algunas de las observaciones resultan del intento emprendido por Atienza en la sección 2 de su estudio, en el sentido de buscar una definición de paternalismo que sea común a las propuestas de Victoria Camps, Paulette Dieterlen y a la mía propia. Este intento tiene sin duda sus ventajas, pues permite unificar las críticas. El inconveniente es que, en aras de la unidad, pueden perderse algunos matices que luego resultan ser significativos. Pienso que esto es lo que ha sucedido, al menos por lo que respecta a la definición del paternalismo.

La condición *a)* de la definición reconstruida hace referencia a la obtención de «un bien». En mi definición, en cambio, se habla de evitar un «daño». Tal como lo señalara en mi trabajo, esta distinción es importante justamente para distinguir el paternalismo jurídico de «otras dos formas de intervención coactiva relacionadas, aunque no idénticas, con el paternalismo jurídico propiamente dicho: cuando el Estado interviene con el propósito de asegurar un beneficio... y el perfeccionismo... En estos dos tipos de intervenciones la idea de aumentar o promover el bien es la decisiva...» Es decir, excluyo expresamente de mi definición de paternalismo jurídico la idea de la obtención del bien, que Atienza incluye en su condición *a)*. Si hubiese seguido la vía sugerida por Atienza, pienso que entonces sí habría caído en la «ambivalencia» o «indefinición» que me reprocha en 2. 1. La no inclusión de la idea de bien no obedece, desde luego, a preferencias más o menos arbitrarias o al propósito de contar con un recurso que me permita adoptar una posición valorativamente neutra frente al paternalismo, sino al deseo de utilizar una definición generalmente aceptada.

Por lo que respecta a la condición *b)* de la definición reconstruida no tengo inconveniente en aceptar la propuesta de Atienza

siempre que se suprima la frase entre paréntesis, ya que en ella se hace referencia a «beneficiarios», referencia que parece estar vinculada con la idea de la obtención de un bien, que no comparto.

El hecho de que la norma que incluye una medida paternalista sea una prohibición, un mandato o una permisión creo que es irrelevante, ya que lo que importa es que la medida se imponga en contra de la voluntad del destinatario de la misma: alguien, por ejemplo, podría oponerse a que el Estado o el médico estén autorizados a no informar a sus ciudadanos o pacientes. En este sentido, tiene razón Atienza cuando señala que mi referencia a prohibiciones y mandatos puede restringir indebidamente el concepto de paternalismo jurídico.

En el centro de mi propuesta de argumentos justificatorios del paternalismo jurídico se encuentra la idea del incompetente básico. En la definición del mismo no creo haber introducido ningún elemento de evaluación ética: los cinco casos de incompetencia básica que menciono hacen referencia a datos empíricos. El componente ético del argumento de justificación (la premisa ética, que debe ser distinguida de la premisa empírica, es decir, de la verificación de la incompetencia básica) hace referencia a la necesidad de superar el déficit de igualdad de los incompetentes básicos y presupone, por cierto, la aceptación de que la igualdad y la autonomía de las personas son valores dignos de ser respetados. Como los argumentos que suelen aducirse en contra del paternalismo se basan precisamente en la supuesta violación de ambos valores, me interesaba demostrar que -sin necesidad de invocar unilateralmente ninguna teoría objetivista de la moral- podían rebatirse estas objeciones tomando en consideración sus propios puntos de partida: si el paternalismo jurídico supera o contribuye a superar los déficits de igualdad y autonomía que padecen los incompetentes básicos, entonces quienes defienden los valores de la igualdad y la autonomía tendrán que admitir que es éticamente justificable.

En la sección 3. 2. de su trabajo, Atienza sostiene que, de acuerdo con mi posición, el paternalismo jurídico estaría justificado «si y sólo si se aplica a un incompetente básico para procurarle un bien primario» y que he «descuidado un tanto la cuestión de con arreglo a qué procedimiento deben (los competentes básicos) definir cuáles sean esos bienes y quiénes sean esos incompetentes». La objeción de Atienza introduce nuevamente el concepto de «bien», que he procurado evitar cuidadosamente en mi definición de paternalismo. Por lo que respecta al «procedimiento» para la determinación de los incompetentes básicos,

creo haber indicado con suficiente claridad cuáles son los casos que pienso pueden ser incluidos en esta categoría; para saber cuándo ellos se dan, basta con recurrir a los procedimientos empíricos usuales que nos permiten determinar situaciones de compulsión, de ignorancia de los elementos relevantes de un estado de cosas o de emoción violenta, por ejemplo.

Atienza insiste en que la aceptación de la condición *c)* que formula en 3. es fundamental para la definición del paternalismo justificado. No hay duda que quien rechaza la medida paternalista lo hace por encontrarse en la situación de un incompetente básico. La condición *c)* de Atienza está contenida en mi frase que dice «quien rechaza la medida paternalista lo hace porque en ese momento no está en condiciones de comprender el alcance de la misma». Como de aquí infiero la utilidad del concepto de «incompetente básico» no creo que valga en mi caso la observación de Atienza en el sentido de no haber otorgado al requisito *c)* toda la importancia que merece, como afirma en 3. 3.

Atienza sostiene que no he tomado suficientemente en cuenta el concepto de consenso racional. Al respecto, creo que basta recordar que en mi trabajo los casos *c)* y *e)* de «incompetencia básica» se refieren directamente a situaciones en las que lo que se pone en duda es la racionalidad del agente, algo que se da por admitido en los casos que excluyo del paternalismo justificado, precisamente porque presupongo la racionalidad del destinatario de la posible medida paternalista: son los casos del suicida, del amante del riesgo y del héroe.

Vistas así las cosas, pienso que, como el mismo Atienza lo dice en su sección 4., en el fondo nuestras posiciones no difieren básicamente. Sin embargo, hay dos puntos en los que sí existen diferencias significativas. El primero se refiere a la conveniencia de introducir en la definición el concepto de «bien». Mi opinión es que esto puede ser fuente de las mismas deficiencias que Atienza desea superar. En efecto, ello nos impide distinguir los casos de paternalismo jurídico, que pueden ser justificables, de los del perfeccionismo moral, que me inclino a pensar nunca lo son. Por ello no veo la conveniencia de formular un concepto de paternalismo jurídico demasiado amplio, como sugiere Atienza.

Y por supuesto que estamos en desacuerdo por lo que respecta a la irracionalidad del fumador. Si el lector se ha dado cuenta que soy un fumador empedernido (como afirma, con razón, Atienza) también habrá percibido que Atienza es un despiadado adversario de los fumadores, a quienes no vacilaría en colocarlos en la clase de los incompetentes básicos.

Atienza argumentaría posiblemente que la racionalidad de

las personas se mide por la persecución coherente de sus intereses y que si la persona reflexiona seriamente acerca de los peligros del fumar tendría que no hacerlo, de la misma manera que quien reflexiona sobre los peligros que encierra no usar el cinturón de seguridad en los automóviles tiene que concluir que es conveniente usarlo. Y como yo he aceptado que el caso de quien se niega a usar el cinturón debe ser considerado como un ejemplo de irracionalidad, también debería aceptar -concluiría Atienza- que el fumador es un ser que adopta decisiones irracionales. Sin embargo hay una diferencia: la incoherencia en el caso del automovilista resulta del hecho de que se supone que él desea *Y* (cuidar su vida), sabe que *X* (el cinturón) es condición necesaria para *Y*, no tiene nada que objetar en contra de *X* y se niega a usarlo. En el caso del fumador, en cambio, si bien es cierto que puede desear *Y* y sabe que *X* es condición necesaria para *Y*, no está dispuesto a recurrir a *X* (no fumar), pues, desde el punto de vista de su elección subjetiva, valora *X* menos que el displacer que le proporcionaría *X*. Aquí puede ser instructiva una reflexión de David Gauthier (*Morals by agreement*, 1986, 34 y sigs.): «Aquellos que creen que el fumar es nocivo para la salud si son racionales tienen que elegir no fumar, a menos que su interés en la salud sea superado por alguna otra preferencia más fuerte e igualmente reflexionada.» En este sentido la equiparación sugerida del fumador empedernido con el automovilista incoherente no es correcta y abre la peligrosa vía de aplicar prohibiciones paternalistas a los casos del suicida, del héroe y de quien prefiere asumir ciertos riesgos en aras de lo que él mismo entiende como satisfacción de sus preferencias. En la medida en que no exista conflicto entre preferencias y actitudes, me parece difícil que pueda hablarse de incoherencia. Justamente el rechazo de un perfeccionismo moral, que pretende sustituir las preferencias subjetivas de la gente por las supuestamente objetivas de un dictador moral, exige excluir del paternalismo justificable los casos del fumador, del suicida, del héroe y del amante del riesgo. Su inclusión requeriría un concepto de racionalidad (que creo Atienza no aceptaría) que permitiera calificar de irracionales a las preferencias subjetivas de la gente, también cuando ellas resultan de una evaluación ponderada de las alternativas disponibles. Quien, como el Fausto, prefiere canjear su posibilidad de felicidad eterna en el más allá por el placer terreno, puede ser calificado, cuando más, de hedonista fugaz, pero no de irracional. El caso del automovilista que no usa cinturón de seguridad y arriesga su vida cuando en realidad no es eso lo que prefiere es por ello distinto del automovilista Alain Prost, que prefiere correr

el riesgo de la muerte en cada carrera. En el primer caso hay incoherencia entre preferencia y actitud; en el segundo, no.

El caso del fumador es trivial, como Atienza mismo reconoce, pero también «interesante». En efecto, demuestra que la inclusión del concepto de «bien» en la condición *a) de la definición de Atienza no es tan inofensiva como a primera vista parece. El afán de asegurar un «bien»* o de «beneficiar» a los destinatarios de las medidas paternalistas puede conducirnos a la aceptación de bienes absolutos u «objetivos» que nos lleven a la prohibición del suicidio y de todas las acciones que pongan en peligro los bienes «objetivos» de la vida o la salud. La conclusión de Atienza con respecto al fumador no parece ser muy distinta de la de William Blackstone con respecto a los suicidas: «el mero acto del suicidio es prueba evidente de locura». Como sé que Atienza no sustenta esta posición, pienso que tendría que revisar su juicio acerca de los fumadores.

Estas últimas consideraciones sé que incitarán el ánimo crítico de Atienza y, como lo conozco, sé también que no se dará por vencido y que buscará nuevos argumentos y contraejemplos. Por ello, nuestra discusión no concluye aquí. Si el lector encuentra nuevas razones para asumir una u otra posición, habremos logrado el fin que nos habíamos propuesto Manuel Atienza y yo al seguir discutiendo sobre el paternalismo y su posible justificación ética.

RESPUESTA A M. ATIENZA

Los primeros sentimientos que tuve al leer el artículo de Manuel Atienza, *Discutamos sobre paternalismo*, fueron de preocupación y agradecimiento. La preocupación se debió a la dificultad de contestar su réplica. El agradecimiento porque una réplica como la que él hizo a nuestros trabajos es una guía inmejorable para aclarar algunos puntos, para explicar otros y sobre todo para seguir pensando en el tema.

Trataré, brevemente, de aclarar algunas cuestiones. Atienza ve en mi trabajo una cierta ambigüedad entre el sentido peyorativo que le doy al término «paternalismo» y mi idea de que éste se puede justificar. Lo que yo creo es que de hecho el término «paternalismo» es peyorativo en el mismo sentido en que «guerra» y «castigo» lo son. Esto significa que preferiríamos encontrarnos en situaciones en las que no hubiera acciones paternalistas, guerras o castigos. Ahora bien, esto no significa que no se pueda o se deban justificar cuando las situaciones así lo exigen.

En una parte de su trabajo Atienza afirma que Victoria Camps y yo añadimos una tercera condición a la definición de paternalismo, a saber, que se trata de conductas y normas injustificadas éticamente. Mi defensa es parcial, pues por una parte creo que la aceptación de la definición de paternalismo de Van de Veer me exime de ese cargo, pero por otra reconozco que la distinción entre los casos en los que se requiere una justificación ética y los casos en que recurrimos a otro tipo de justificación necesitaría más precisión.

Un punto que merece aclaración es el relacionado con el problema de las preferencias. Atienza se refiere a ello cuando afirma que no es necesario el cambio de preferencias para caracterizar una interferencia paternalista. Esto se debe a que, según él, hay casos en los que sencillamente no se consideran las preferencias de una persona. Confieso que no me queda claro a que se refiere Atienza cuando habla de «no considerar las preferencias de una persona». Si aceptamos la definición de una acción

paternalista como una interferencia, tenemos que hablar de una acción contraria a las preferencias. El término «preferencia» es usado en un sentido amplio como la externalización de una decisión y no necesariamente como el resultado de una deliberación. Podemos decir que un niño prefiere quedarse en su casa jugando que ir a la escuela y por ello es necesaria la interferencia paternalista. Por esta razón no creo que podamos hablar de paternalismo en el caso de las generaciones futuras.

Ahora bien, me parece que en todo caso la discusión tendría que centrarse en torno a la noción de interferencia y no tanto en torno a la preferencia.

Este punto me remite a la cuestión de la persuasión. Estoy de acuerdo con Atienza que es necesario distinguir los dos supuestos que él menciona, sobre todo para diferenciar las acciones paternalistas de aquellas que no lo son.

El último punto que trataré es el que se refiere a la pluralidad de criterios para justificar una acción paternalista. No intento hacer una justificación ética oportunista. Quizá lo que propondría es una justificación pragmática. Creo, por ejemplo, que si alguien deposita una cantidad de dinero en el banco a plazo fijo y posteriormente desea gastar el dinero antes de que venza dicho plazo, la acción del banco al impedir cobrar el dinero es una acción que se justifica con el argumento del consentimiento pasado. En el caso de una persona que desea cruzar un río sin saber que el puente está roto la interferencia puede justificarse recurriendo al argumento de los riesgos. En el caso de los menores de edad o de las personas con lesiones cerebrales, se puede aplicar el criterio de los incapacitados básicos. Pero repito, esta cuestión más que de oportunismo me parece de pragmática.

Comparto la idea de Thomas Nagel en su artículo «La Fragmentación de los valores» (en *La muerte en cuestión*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984), de que la justificación de nuestras acciones morales puede tener un origen distinto. A veces justificamos una acción en términos de un cálculo utilitario, otras en términos de los derechos humanos, otras en términos de ciertas necesidades. Me parece que esta posición es más realista que la postura ideal de lograr un criterio único de justificación.

SIGAMOS DISCUTIENDO

Hoy todos estamos de acuerdo en que no es función del filósofo dar respuestas definitivas ni decir últimas palabras, sino, en todo caso, mantener vivo el debate cultural. A ello contribuyen, sin ninguna duda, seminarios como éste sobre el paternalismo que tan bien supo organizar y conducir Jorge Malem en su momento. Posteriormente, y a la vista de las ponencias presentadas para la publicación, Manuel Atienza -discutidor impenitente- no ha podido reprimir los deseos de dejar constancia escrita de lo que entonces dijo. El esfuerzo y el interés que ha puesto en ello, tan poco frecuentes por estos pagos, bien merecen una respuesta que, como decía arriba, en mi caso, no aspira a ser definitiva. Tan sólo la aclaración de algunos de los puntos de vista que han sido el blanco de sus objeciones.

La primera de ellas se refiere a mi intento de «disolver» el problema del paternalismo basándome en el que, a mi juicio, es el uso corriente del término. (Me temo ahora que el tal intento no es más que un vicio de mi pasada formación analítica). En efecto, decía y en mi trabajo que el paternalismo justo no debería llamarse tal, puesto que la idea de paternalismo connota un sentido peyorativo que, por lo mismo, parece aplicarse sólo a actitudes paternalistas injustificadas. Normalmente oímos frases como éstas: «¡no seas paternalista!», o «¡no aceptes paternalismos de nadie!». Y, rara vez, utilizamos la palabra para referirnos a un paternalismo justificado. Aunque quizá sea cierto que eso ocurre sólo en el lenguaje de la calle, mientras que el lenguaje jurídico, o el discurso reflexivo sobre el derecho, tienden a hacer un uso más neutro del concepto y a distinguir entre el paternalismo justificado y el injustificado. De no ser así, además, pronto dejaríamos de hablar del tema.

Sin duda, esa acepción restringida y «vulgar» de «paternalismo» condicionó el tipo de criterio que propuse para distinguir el comportamiento justo del injusto: un criterio casi exclusivamente destinado a denunciar actitudes injustas. Pues entiendo que el

paternalismo justo es un caso de *protección* al menor o al débil. Y ahí entran los ejemplos aducidos por Atienza en contra de mi definición: ocultarle la verdad al enfermo o esterilizar al subnormal. Aunque, jurídicamente, esos casos -en especial el último- son tema de discusión y discrepancia, a mí se me antojan menos problemáticos que aquéllos en los que la presunta «debilidad» de la persona no está nada clara. No es lo mismo mentirle a un enfermo incurable -por piedad y por ayudarle a sobrevivir- que mentirle a un enfermo transitorio o a un ciudadano por razones de comodidad o de cobardía. Ahí la mentira no sería -creo- mera omisión, sino *engaño*, un acto positivo que, en definitiva, restringe la libertad porque impide actuar. Creo que cuando nos las habemos con ejemplos que hablan de personas sanas, fuertes, normales, o con capacidad para llegar a serlo, vale mi definición de paternalismo en términos de libertad negativa y positiva: el paternalismo como actitud transitoria para facilitar la autonomía del otro. No vale, por el contrario, esa definición -y Atienza lleva razón- para juzgar comportamientos con personas que, de algún modo, se encuentran en un estado que les impide ser libres o, incluso, iguales, en el mismo sentido en que aspiran a serlo los demás mortales. Me doy cuenta de que los criterios de normalidad, salud, debilidad están lejos de ser precisos. La incapacidad de las personas para conseguir su propio bien no siempre es mensurable. Ahora bien, me parece fundamental la diferencia entre el hecho de que la incapacidad sea superable o no. Y eso quizá es más fácil de precisar.

Un segundo punto de la discusión de Manuel Atienza gira en torno a otra concreción difícil: la del supuesto «bien» perseguido por la actuación paternalista, así como la de la competencia o incompetencia de las personas para arrogarse la facultad de determinar el bien común y su forma de realización. Juzga Atienza que, concretamente, en mi caso, la explicación que doy es insuficiente e incompleta. En efecto, lo es.

Porque creo que no es posible dar un criterio seguro a partir del cual sea fácil decidir no sólo cuáles son los bienes básicos indiscutibles, sino las prioridades que debe haber entre ellos y la forma en que deben ser administrados. Creo, sinceramente, que no hay ni debe haber «competentes», expertos, en tal menester. Todas las teorías éticas contemporáneas, con un cierto contenido, han elaborado una lista, más o menos detallada, de bienes primarios. Tenemos, por otra parte, los derechos fundamentales. De ahí hay que partir, aunque ése sea un punto de partida ya de por sí confuso y ambiguo. Los filósofos que han querido ser más concretos y elaborar los principios básicos de la justicia, por

ejemplo, como es el caso de Rawls, dan unas pautas nada desdeñables, por supuesto, pero no mucho más operativas que cualquier otro principio formal. Decía yo en mi ponencia que la determinación y ulterior precisión de los bienes primarios es y, sobre todo, debería ser, competencia de todos. Debería ser el resultado de la práctica democrática. De sus propuestas y, más aún, de sus críticas. Es decir, las críticas destinadas a denunciar aquello que pretende pasar por bien primario universalizable sin suficiente base ética para que así sea. Si en alguna ocasión se siente el imperativo paternalista, conviene poder decir cuál es el bien del otro que, de hecho, se persigue, si vale como tal bien, y si los medios puestos o disponibles para obtenerlo -entre ellos, la coacción de la libertad- son éticamente coherentes con el fin.

Comprendo que esa indeterminación con la que concluyo no deje muy satisfecho al jurista que deberá pronunciarse sobre la justicia de normas y realidades muy concretas. Pero, en definitiva, es a ellos, a los jueces, a los legisladores, a los políticos, a quienes compete, en primer término, tomar la iniciativa de ciertas propuestas y decisiones, para someterla al juicio y a la crítica del debate democrático. Esa competencia, tanto si aporta propuestas como si se ceba en la crítica, no consiste sólo en un saber teórico -de unos criterios o de unos principios- aprendido de una vez y aplicable sin vacilaciones. Consiste también en un saber práctico: el saber de la experiencia formada por la voluntad de hacer justicia.

METÁFORA DEL CONTRATO

Chi consideri l'elemento
sociale altrimenti che
in modo simbolico, sbaglia.

Hugo von Hofmannsthal,
Buch der Freunde, trad. it.,
Milán, 1980, 26.

1. «*Interference for other's own good*»

El término *paternalismo*, en la tradición más antigua del lenguaje político, es utilizado para indicar una técnica de gobierno caracterizada por comportamientos autoritarios, aunque benévolos, de los gobernantes en sus relaciones con los gobernados. Una técnica que, siendo un modelo de antropología política complejo y articulado, no se agota dentro de los sistemas de sociedades tradicionales.

El horizonte semántico de conceptos como autoritarismo y benevolencia es naturalmente lo bastante amplio para hacer oscilar el término paternalismo tanto en sus determinaciones históricas como en las estructurales, y de ese modo poder ser empleado ya sea en su relación al soberano iluminado del setecientos europeo o en relación con el asistencialismo del *welfare*. Por otra parte, es suficiente el término «benévolo» para sobrecargar al paternalismo con un plus de ideología que, aunque observado ya por la teoría clásica, ha terminado por hacer aumentar en la reflexión politológica contemporánea los juegos de imputación, contribuyendo a enriquecer aquella semántica ya compleja de por sí. Desde algunos puntos de vista, se puede decir que de hecho la pérdida de consistencia del concepto de paternalismo en este siglo está ligada a una mengua ideológica de los términos tradicionales de lo ético-político. Es así que el paternalismo comienza a figurar en el léxico político en parejas antagónicas que lo contraponen con autonomía, autodeterminación, igualdad; en una palabra: con democracia. Parecería así que, después de la aparición de teorías críticas más o menos libertarias que habían animado el debate politológico hace algunas décadas, el término paternalismo se haya revelado en todo su significado negativo; como si la modernidad estuviera marcada por un camino irreversible «hacia una sociedad sin padre» y que la democracia,

consiguientemente, fuera el elemento verdaderamente «moderno» -por lo tanto vencedor- de esta pareja conceptual antitética.

A pesar de que tal mengua ideológica parecía definitiva, a partir de los años 70 en adelante, particularmente bajo la influencia de la estadounidense *Philosophy and Public Affairs* y a la sombra muchas veces ingenua del neocontractualismo, este «antiguo nombre» ha reencontrado un éxito inesperado precisamente en el ámbito de una filosofía jurídico-política que, antes que otras, había ya problematizado el tema de la crisis del Estado social. Surge entonces un problema no secundario de semántica histórica que repropone el nuevo éxito de un concepto antiguo. Es desde esta perspectiva particular de la oposición paternalismo-democracia que se puede intentar una reconstrucción de nuestro tema que no resulte banal.

Hay que precisar sobre todo que aquí utilizamos la expresión «semántica histórico-política» en el sentido atribuido por R. Koselleck (1986, 185) en sus numerosos trabajos en torno a la *Geschichtliche Grundbegriffe*: como el conjunto de posibilidades lingüísticas que se transforman desplazando «espacios de experiencia» y abriendo nuevos «horizontes de expectativas»; y es sabido que, desde este punto de vista, la antinomia metodológica que subsiste entre la irrepetibilidad histórica y la repetibilidad estructural de las figuras lingüísticas individualiza una «historia» que nunca es idéntica a su expresión lingüística. Se manifiesta, en otras palabras, una elección entre la contingencia y las posibilidades de sentido de las expresiones lingüísticas, respecto de las cuales es necesario ahondar. Hay que señalar que las parejas antitéticas de conceptos son grandes contenedores de sedimentaciones de «sentido» histórico. «Si se examina su estructura, las parejas de conceptos -escribe Koselleck- pueden ser separadas de su origen anterior y de aquello que forjó su contexto concreto: son históricamente transferibles. Es precisamente esto lo que permite que exista una historia de la influencia ejercida por los conceptos; es justo aquí donde arraigan los hallazgos estructurales, los cuales demuestran como algunas redes de la experiencia pueden ser utilizadas repetidamente y permiten la aprehensión de ciertas analogías... Los espacios de experiencia se desplazan y se abren nuevos horizontes de expectativas.»

Es más bien en las transformaciones semánticas del paternalismo y de su oposición a la democracia que emergen representaciones fundamentales de la justificación del poder de interferir en la esfera de otros. Un dato interesante es que en el redescubrimiento del paternalismo producido en la filosofía «pública»

de los años 70, el deslizamiento de los sistemas ético-políticos al sistema jurídico ha signado contemporáneamente su confinamiento a una dimensión de micro-relaciones sociales de naturaleza «privatista», lo cual tiene como efecto no secundario el de vaciar de contenidos quizás solamente «simbólicos» no tanto al paternalismo mismo como al de democracia. Es decir, que en la diferenciación y en la particularización del paternalismo jurídico hay algo de más y de mayor importancia que una pura y simple técnica jurídica, y del mismo modo, aunque no exclusivamente, cuando éste viene justificado por preocupaciones de *distributive Justice*. Desde una perspectiva sustancialmente consensualista del intercambio social, el paternalismo jurídico se manifiesta en el reconocimiento de la legitimidad del principio milliano -«*one very simple principle*»- del *self protection* en el poder de interferir en la esfera de libertad de otro individuo. La definición adoptada por G. Dworkin (1983, 19), es la siguiente: «Por *paternalismo* se entiende una interferencia en la libertad de acción de otra persona, justificada exclusivamente por el bienestar, necesidades, intereses, felicidad, valores, de la persona coercionada.» Si *self protection* significa entonces tanto evitar daños al individuo como a la sociedad; es en cambio más difícil establecer cuando se está frente a una tutela de la felicidad, de los valores y de los intereses de la persona. Basta para esto recordar, cosa que no siempre es hecha, la refinada elaboración iheriniana sobre el concepto de interés y de lucha individual por el derecho para tener un cuadro de referencia sobre la ambigüedad semántica de estas cláusulas generales. Aun aceptando, por consiguiente, que el principio adoptado no es el único *(one)* ni *very simple*, todo el esfuerzo «garantista» de esta *Philosophy and Public Affairs* se concentra tanto en la tipología de las interferencias justificadas o justificables, como en la elaboración de criterios guías de las potestades delegadas. De ello resulta una taxonomía divertida y en cualquier caso útil que ahonda en la vieja dogmática de la patria potestad, así como en las situaciones más nuevas y recientes sugeridas por los casos judiciales *hard* o por discusiones públicas sobre particulares controversias legislativas. Los ejemplos, aunque no siempre convincentes, son por lo menos sugestivos: desde el uso del casco para los motociclistas pasando por la prohibición del suicidio, hasta llegar al recurso de prácticas médicas contra la voluntad o las opciones religiosas de los pacientes (el caso reciente de la transfusión de sangre respecto de los testigos de Jehová) y así también en otros casos. Y resulta todavía útil la tentativa de clasificación sugerida respecto al paternalismo consensual (el caso de Ulises que se deja atar por sus compañeros

para resistir el canto de las sirenas) o más precisamente voluntarista y al paternalismo conflictivista, como en el caso de recursos pedagógicos, educativos o terapéuticos que van contra la determinación individual de los pacientes; incluso se habla de paternalismo activo y omisivo (el caso de las mentiras piadosas o de «finalidad bondadosa»). Pero no cabe duda que estas tipologías se elaboran sobre una estructura tautológica de la definición del fenómeno.

Tautología, por cierto, que no se elimina cuando, yendo al fundamento del poder de interferir, la imaginación ética (V. Camps, 1983) de los neo contractualistas sugiere un presupuesto de consenso contra la debilidad de los individuos desfavorecidos. La tautología radica en el hecho que un acuerdo originario presupone no tanto una condición de igualdad, cuanto la universalidad de las decisiones. No es casualidad que, hablando de las desigualdades y de los problemas relativos al *fairness*, J. Rawls (1971, 182-214) escriba que los principios del paternalismo sean aquellos «que las partes reconocerían en la posición original contra la debilidad y las enfermedades de su razón y de su voluntad». Lo cual quiere decir, obviamente, poner otra vez la discusión sobre los principios contractuales de fondo, en los que se manifiestan problemas nodales (se podría decir kantianos) que se vinculan con la representación de la desigualdad y de los remedios «consensuales» para las condiciones de desventaja. Y en relación con esto, al carácter individual, podemos decir atómico, «micro-físico» de las condiciones de desigualdad; y no por último, al problema de la dimensión universal de las decisiones representativas; o bien al carácter de condición necesaria, pero no suficiente, de la representación para los fines de la legitimidad.

Como se observa, no obstante la *naivetè* de fondo de catálogos y decálogos de este paternalismo jurídico, la discusión no puede evitar los puntos nodales de la teoría política moderna. A cada instante, a pesar de su impostación, emergen temas más complejos de aquellos que esta filosofía del paternalismo jurídico no quería afrontar; temas que coinciden con los «nombres» que, sin ser nuevos, presiden las transformaciones del universo político moderno.

2. *El amor por sí*

Simetría-disimetría, igualdad-desigualdad, medida-desmesura, poder de interferencia-necesidad, privilegio-desventaja, constituyen parejas antagónicas de conceptos que individualizan el

juego de la relación paternalista. Si se observa un poco más allá de la reducción privatista -aunque importante- y se analiza aquella micro-física de las desigualdades como un fenómeno colectivo de gran amplitud que se descarga sobre amplias franjas de población y que se reproduce en la dimensión internacional también en relaciones entre pueblos, resulta difícil separar la forma jurídica del paternalismo de su matriz estructuralmente política. Por lo demás es suficiente observar cómo, sobre todo en Europa y a partir ya desde muchas décadas, también dentro de la forma jurídica se ha impuesto históricamente un proyecto de mayor protección para categorías enteras de población desfavorecida. Sería necesario hablar más ampliamente y con mayor profundidad, mas puede aquí únicamente recordarse la experiencia italiana del «derecho desigual» que ha asumido, en el marco de un paradigma estrechamente jurídico, el problema de la subjetividad débil. Más allá de los resultados, generalmente opuestos a las intuiciones manifestadas en el terreno técnico-jurídico y en el político, aquella experiencia había asumido seriamente los problemas emergentes que esa «filosofía pública» ha relativizado quizás demasiado. Llevar otra vez el tema de la reflexión a argumentos tales como la representación, la universalidad de los intereses y las formas de la desigualdad, significa no solamente colocar de nuevo el concepto de política dentro de esta reducción política, sino también otorgarle repetidamente la complejidad necesaria.

Se podría profundizar en la literatura más clásica, desde los orígenes de la formación del concepto de lo político, para reencontrar el paternalismo como metáfora de la forma de gobierno de la polis. Creo que el ejemplo más evidente de «paternalismo puro» (G. Dworkin, 1983; R. Sartorius, 1983; E. Diciotti, 1986, 557) es el ofrecido por Platón en *La República* cuando hablando de la virtud de los gobernantes atribuye a ellos la capacidad de convencer al pueblo recurriendo también a «mentiras nobles» -se trataba en particular de la fábula fenicia relativa a la diversa «composición» de los estratos de la población: los guerreros, los guardianes, los campesinos-. Este es un ejemplo de paternalismo propiamente dicho porque construye una relación política sobre la base de la disimetría «cultural» y sobre todo para el caso de la mentira instrumental para el bienestar, para la felicidad, para los intereses del pueblo. Así, paradójicamente podríamos decir que poco importa que el argumento del bienestar de los gobernados sirviese para «justificar» la mentira y que entonces pudiese ser tachado como ideológico; el punto relevante es que dentro de la elaboración más robusta de la teoría de la política

figura casi como elemento estructural el argumento paternalista. Por esto, tanto su supervivencia como su transformación se convierten en temas de semántica histórico-política.

La identificación de paternalismo y virtud clásica de los gobernantes *(phronesis)* tiene un sentido particular (una «semántica» histórica) en una *polis* (R. Havelock, 1979) que posee un nivel de diferenciación sólo segmentaria, en la cual las disimetrías incorporadas en la población constituyen la estructura misma del *universum* de la sociedad. La repetición de los sistemas segmentados hacen que no existan diferencias entre política, economía y sociedad (K. Planyi, 1974). Lo político no solamente representa por entero a la sociedad, sino que es el *speculum*. Será necesario esperar que en el ámbito del desarrollo histórico tengan lugar procesos más complejos de diferenciación entre los sistemas de la sociedad, para que las disimetrías cambien de signo y se elabore una semántica más específica en el plano de las relaciones políticas y de las formas representativas de la soberanía.

Desde la constitución del *mito de la polis* y siguiendo su historia y sus destinos, la idea del paternalismo aparece estrechamente vinculada con la estructura de la legitimación y con los fundamentos de la representación del «soberano». El largo proceso de secularización que ataca «el cuerpo» del rey sigue efectivamente la búsqueda de una nueva justificación de los fundamentos de la representación. La comunicación política, no ya referida a ordenamientos y a orientaciones de valores válidos desde siempre, resulta inmersa en un circuito dominado por la inestabilidad. La diferenciación interna en la sociedad, la diseminación de las diversidades de base económica, étnica, religiosa *(el multi-versum)* desarrollan progresivas necesidades de «uniformidad». Entre soberano y súbdito se instaura un juego complicado de comunicación política que pone en discusión, de modo totalmente particular, la distinción no igual de poder entre individuo y absolutismo. Se trata por tanto de ese particular juego *manierista* (R. Schnur, 1979) que ya a partir del siglo XVI introduce un nuevo antagonismo, el cual es, en realidad, un juego relacional muy complejo entre conformidad y diversidad, entre individuo y sociedad.

En la convincente reconstrucción que hace R. Schnur es precisamente la representación de la conformidad de los individuos a las reglas de la soberanía la que da el máximo de distancia entre la elaboración subjetiva del individualismo (no únicamente posesivo) y la regla colectiva de la obediencia. De este modo, se comienza a introducir una diversa semántica de la obediencia, en

la cual la adhesión pública deja espacios a la libertad de comportamientos privados.

Pueden ser indicadores importantes el modo en el cual comienza a diferenciarse lo escrito ligado a las reglas de la comunicación pública con la conversación privada; la misma canonización del comportamiento del hombre de la corte que pre-supone una deformidad de actitudes; el énfasis sobre la conjura de palacio sobre la cual la literatura es riquísima: La interacción entre individuos comienza entonces de manera inequívoca a acrecentar la complejidad de las relaciones sociales; en pocas palabras: la diversidad de la sociedad y su articulación respecto a una política que uniforma de manera absolutamente artificial, hacen que los individuos se puedan representar como superiores a las relaciones políticas en las cuales viven. El mecanismo de auto-descripción de los individuos respecto a sus ambientes, más que ser importante para los fines de una teoría del individualismo es aquí relevante para el modo en el cual evidencia una fuerte crisis de la soberanía como representativa del todo, cuya regla es universal y en relación a la cual la obediencia se considera natural. Existen ya testimonios de una específica elaboración del concepto de *secreto* (R. Koselleck, 1979) y ello viene dado ya por el perfecto conocimiento del manierista político de un *art of writing* para huir de la *persecution* (L. Strauss, 1952), ya con el uso refinado de una *sprachliches Doppelleben*, o sea, de una continua disimulación lingüística. En el ambiguo código de la comunicación, escribe Schnur, «quien es consciente de pensar contra lo conforme, *en tiempo de forzado conformismo* (subrayado nuestro), usa valerse de determinados artificios para hacer que las propias ideas, una vez hechas públicas, no choquen con demasiada facilidad con la censura de los conformistas».

Para llegar a esto, el «manierista» debe haber elaborado estrategias de representación del sí en relación a los diversos sistemas en los cuales opera y con los cuales interactúa (N. Luhmann, 1983 y 1985) estructurando sus límites. Su auto-observación funciona también como control de los procedimientos mediante los cuales funcionan los sistemas, particularmente el de la ética y el de la política. En la elaboración específica de un individuo escindido entre lo público y lo privado (Montaigne) se manifiesta la verificación del fin de un modelo de comunicación política y al mismo tiempo la expansión de una nueva relación con la soberanía. La conciencia de la conformidad es la primera gran *Ausdifferenzierung* entre ciudadanos y soberano, entre poder y política; paradójicamente, el manierista que acepta públicamente

tal conformidad, la tolera; tolera la soberanía habiendo reconocido sus límites.

El soberano no puede mandar a las conciencias, sugiere el manierista, no tanto porque ha elaborado ya un concepto de intangibilidad de las esferas subjetivas (por esto necesitará todavía esperar), sino porque ahora está conociendo que el lugar del rey no es la sociedad entera. Se ha interrumpido la natural armonía entre la virtud, la felicidad y la ciudad; en el resquebrajamiento del mito de la ciudad el soberano no tiene más en sus manos el acontecer histórico como un cetro, para recurrir a la imagen de W. Benjamin. Cambia profundamente también la iconografía que acompaña y reconoce la armonía de la *polis*; en la fractura del 1513 A. Dürer *(Il cavaliere, la morte e il diavolo)* representa -ha recordado Marramao (1986, 171-183)- un príncipe que se aleja de la ciudad fortificada con torres y muros y, en compañía de horribles figuras, se encamina hacia tierras desconocidas. Con esto se representa el fin de la *securitas*, cuyo garante era el príncipe y la irrupción en la política de *metus et indigentia*. La historia desvela su pragmatismo tucidideano y la política descubre abiertamente el lenguaje del conflicto y de la guerra. En el declive de la virtud reunificadora de la ciudad, la ruptura de los modelos unilineales de la vida social sobrecarga lo ético-político con escisiones y disimetrías, cuya semántica comienza a individualizar las otras «posibilidades» de un horizonte de la experiencia política que ha visto cambiar sus propias relaciones con la soberanía.

Si con relación al tiempo como respecto al espacio -escribirá Hobbes en 1679 en *Behemoth*, o bien *El parlamento largo*- se pudiese hablar de altos y bajos, creo verdaderamente que la parte más alta del tiempo sería aquella comprendida entre el 1640 y el 1660. Quien efectivamente, desde aquellos años, como desde *la montaña del diablo*, hubiera mirado el mundo y observado las acciones de los hombres... habría podido tener un panorama de cada clase de injusticia y de cada tipo de locura que el mundo era capaz de ofrecer y también habría podido constatar como ésas eran producidas por sus madres: la hipocresía y la vanidad, de las cuales la una es doble iniquidad, la otra doble locura».

La injusticia y la locura que Hobbes entiende observables desde lo alto de la montaña del diablo están ahora totalmente alejadas de la felicidad pública que la ciudad podía asegurar. En ella, la antropología de la guerra está ligada a la inestabilidad y a la imprevisión de una comunicación en la cual prevalece -dice Hobbes- la duplicidad lingüística (más simplemente, en este

caso, la hipocresía). Aquello que en el manierismo se estaba delineando como separación entre una comunicación pública y la «verdad» de la interacción privada -en la cual es todavía posible encontrar segmentos de certeza del intercambio social- ha ya caracterizado cada fragmento de la vida. Se ha perdido el sentido antagónico de conformidad-diversidad porque la incertidumbre ha penetrado también en la lógica de la interacción. Y Hobbes ha indicado el carácter ya efímero de una concepción de la política que no interiorice hasta el fondo la incertidumbre y la inestabilidad de los conflictos sociales. El «problema hobbesiano del orden», como dirá Parsons, se convierte en el problema de hallar una conexión funcional entre certeza e incertidumbre, estabilidad e inestabilidad, y en el asumir para el sistema de la política el mismo punto de vista de la «contingencia» de las relaciones de intercambio social a regular. Es en la teoría hobbesiana que la pacificación de los conflictos como obra de un soberano resulta explicada dentro de un gran proceso de mutación de la semántica política. La decisión política *(die Entscheidung)* necesita una nueva auto-nomía, una delimitación del «lugar del rey» diferenciado de todos los demás papeles sobre la base de un proceso de legitimación que provenga de un nuevo pacto de obediencia no más incontrolado.

También aquí es relevante la iconografía del soberano. Se manifiesta una progresiva pérdida de los caracteres antropomórficos del soberano mismo que, de *makros anthropos*, viene asumiendo la forma de *horologium, machina, autómaton*. *Autómaton* no en el sentido negativo habitualmente hoy atribuido, sino en el sentido clásico de mecanismo previsible, de *ley* capaz de contrastar y reducir el caso. En la lectura schmittiana es precisamente este carácter de previsibilidad del político lo que define la modernidad de la teoría de Hobbes. Mediante la diferenciación de la política de la sociedad, mediante su transformación en sistema particular junto a otros (N. Luhmann, 1983, 197), la aparente reducción de los espacios de la soberanía señala al contrario el máximo de expresión. Esta tiene lugar gracias a un cambio radical de los fundamentos de legitimidad del poder, lo que debe buscarse en el mandato proveniente de la sociedad civil. Si por consiguiente es un mecanismo político animado y controlado por la figura del soberano representativo para reducir el miedo individual y para consentir la «comunicación», la justificación del mandato necesita presuponer una ética de la renuncia de parte de cada uno de los individuos a cuotas de individualismo posesivo, pero de manera horizontalmente simétrica y dentro de una lógica de reciprocidad. Es así que la semántica

de las relaciones políticas ve ampliar sus propios horizontes, saliendo de la tradicional clausura del vínculo soberano-súbdito.

La renuncia a cuotas de individualismo es vista en realidad como un proceso estratégico sugerido por la racionalidad comunicativa del *taking role of the other*, en la cual la imprevisibilidad de la doble contingencia viene simplificada gracias a mecanismos de autorreferencias. (N. Luhmann, 1983, 196.)

A partir de la gran teoría política del seiscientos, la justificación de este comportamiento estratégico acontece sobre la base de la elaboración del amor de sí: que no es paramétrico, ni es normatividad universalista, sino estrategia autorreferencial. La legitimidad del poder del soberano, sus propias *chances* de pacificación y hasta la autonomía de su propio ser *ab-solutus* descansan sobre el *pactum* a favor de la sociedad. En el propio seno de una política que habla el lenguaje de la guerra, la soberanía va elaborando conjuntamente un doble código de autonomía y de dependencia, de diferenciación y de «desdiferenciación», del uso de la violencia para evitar la violencia, sobre la base de un pacto simétrico y horizontal de la sociedad capaz de construir relaciones verticales representativas de una disparidad de poderes.

La consecuencia es que la vieja disimetría *adscriptiva* soberano-súbdito viene sustituida por una nueva disimetría *adquisitiva* producida voluntariamente -y racional por necesidad- por el *pactum*. Tanto en la versión iusnaturalista como en aquella utilitarista de la justificación de la soberanía, se abre camino una representación de la política que ya ha interiorizado la aparición de la complejidad de los temas y de las propias formas capaces, conjuntamente, de simetría y disimetría. Tal como en el manierismo político, también aquí se genera una alta cuota de complejidad por la producción de un *surplus de cultura* alrededor de la diferencia entre poder y obediencia, con juegos de inestabilidad en torno a la obligación política.

Desde la perspectiva de los súbditos *(ex parte populi)* esto significa que comienza a abrirse camino una «temporalización» de la política, y que el «manierismo» de la obediencia deja abierta una elección entre mundos posibles y contingencia de aquellas formas de gobierno de la sociedad. Es la convicción de la necesidad -revocable- de la renuncia a cuotas de individualismo en lugar de la seguridad que define identidad y diferencia de las dinámicas del poder. Su inestabilidad deriva de la continua reelaboración de las lógicas del amor de sí, que se auto-afirma como medio de una comunicación simbólicamente generalizada.

En lugar de *ex parte principis*, el convencimiento que surge alrededor de los peligros de la disimetría del propio poder respecto

de los mandantes (Hobbes hablaba de una «turbulencia del hombre cuando más se encontraba a su agrado», 1974, 150) y la interiorización de los problemas de inestabilidad inducen a un importante proceso de desplazamiento semántico hacia la propia «juridificación». Y es así, tanto en el sentido de la monopolización del uso de la fuerza física (legitimación) como en un proceso histórico más largo: en la elaboración de una tendencia hacia la constitucionalización desde la óptica de un ensanchamiento de las bases racionales del consenso social, de la predecibilidad, etc. Y resulta significativo que sean introducidas, a partir de este momento, ciertas temáticas relativas a la continua producción del consenso en cuanto elemento del gobierno de la sociedad. Esto puede depender del hecho que convirtiéndose la propia inestabilidad en tema de autorreflexión para el sistema político, afecta a los mecanismos de turbulencia del ambiente como *noises* internos. Y la autorreflexión sobre sus propios mecanismos y la elaboración de estrategias de la propia identidad son ya un proceso estimulado de auto-referencia para el político. Una auto-referencia entendida como «diferenciación entre identidad y diferencia» es el vehículo de una modernización de la política que va *recreando* los propios elementos constitutivos, todo ello gracias a sí misma (N. Luhmann, 1985). Aun aumentando enormemente y cambiando de signo la racionalidad comunicativa entre los sistemas -la interpretación que de ella ha dado Polanyi aunque con otros lenguajes es significativa- se observa incrementar progresivamente la diferenciación de los sistemas mismos a través de clausuras auto-referenciales. Los primeros efectos evidentes de todo esto son, por una parte, aquello que habíamos definido como un deslizamiento semántico de los conceptos de un sistema a otro, según una lógica no arbitraria de reducción de la complejidad. Por otra parte, se revela una formalización interna en los sistemas de mecanismos que se aplican a sí mismos (mecanismos reflexivos) capaces de responder a problemas materiales y temporales de la complejidad del ambiente.

3. *Coniuratio*

Naturalmente, los dos procesos: *a)* deslizamiento semántico, *b)* aumento de la reflexividad, no sólo están interrelacionados sino que, desde muchos puntos de vista, representan un problema unitario.

Se trata de cuestiones que, desde diversos ángulos, han sido

estudiadas profundamente por la *Sozial Geschichte* y por la teoría general de los sistemas sociales y cuyos resultados aquí únicamente podemos mencionar. La reflexividad se refiere a los medios de comunicación de los sistemas que son aplicados a sí mismos antes de ser aplicados al exterior (por ejemplo, el poder al poder; las decisiones a las decisiones; la regla a la regla; etc.), su aumento es una adquisición cualitativa de la auto-organización de un sistema (J. P. Dupuy, 1982) en términos de diferenciación de las propias funciones y de generalización de la comunicación; de forma que atiende a la resolución de problemas de «excedencias de posibilidades». De ese modo, cuando más generalizados son los mecanismos reflexivos tanto más su propia «redundancia» (H. Atlan, 1979) es capaz de neutralizar la «variedad» de los elementos. En términos más simples, cuando un sistema más se organiza sobre sí mismo tanto más puedo organizar mecanismos externos.

En el ámbito de la progresiva deformación de los elementos sociales -en la explosión de la variedad de los intereses, de los sujetos- la uniformidad no puede ser asegurada más que por una representación «banal» (trivial) del poder fundado sobre el ámbito del soberano, y ni siquiera por la presuposición de una única ética religiosa. Este problema está, por ejemplo, en la base tanto de la lectura weberiana de la racionalización del mundo como en la de N. Elías sobre *Zivilisation* del occidente europeo, al menos en relación a la monopolización de la fuerza física. Si ya a partir del manierismo, en efecto, se abre camino la idea que «el soberano no puede mandar a las conciencias», ello depende del hecho de que la diferenciación de los sistemas de acción requiere una «generalización» diferente -reflexiva- de los propios medios de comunicación hacia aquellos mecanismos capaces de contener, mejor que otros, más «diversidad», más excedencias. No es casual que los desplazamientos semánticos más significativos vayan desde la ética religiosa hacia el sistema político jurídico.

El concepto de tolerancia, por ejemplo, aparece todavía connotado religiosamente en el Shatesbury de la *Lettera sull'entusiasmo* y en Voltaire, y antes en cambio lo reencontramos como tema de discusión, o sea, formalmente conceptualizado, en el sistema político; cuando se hace evidente la crisis del absolutismo por una parte y se han multiplicado los sujetos sociales. No es casual que la tolerancia deba «juridificarse» para readuceuarse a los juegos de estabilización de la inestabilidad, transformándose en regla constituyente -en sentido técnico- para los sistemas constitucionales modernos. Su carácter constitutivo radica

en el hecho que es condición de aquello que regula, como cuando se convierte en principio mayoritario en el sistema político estableciendo que la tutela de la minoría es confiada al mismo juego de la mayoría. El tránsito de la semántica religiosa de la tolerancia a la procedimentalización jurídica de las decisiones colectivas no considera exclusivamente las mutaciones de la idea de *Communitas*, sino también una articulación elevada del juego de la comunicación política en la cual la forma de la soberanía -y la estructura de su regla- son el círculo final y el efecto más visible. La incorporación en el sistema político del concepto de tolerancia sedimenta viejos significados y por eso experimenta nuevamente, inexplorados: la estructura moderna de la relación mayoría-minoría justificada como técnica de decisión colectiva y al mismo tiempo como principio «racional» (o menos irracional, E. Ruffini, 1976) de tutela de las minorías; internaliza dentro de la forma procedimental (simetría, medida) una disimetría, una desmesura del poder decisorio. Si en la ética religiosa que se va secularizando el reconocimiento de la diferencia surge gracias a un *surplus* de cultura de parte del tolerante respecto del tolerado (aun cuando es cálculo estratégico y no solamente «paramétrico»), en la actividad ético política el recurso a la tolerancia revela más abiertamente los juegos estratégicos del tolerante, cuando la estabilización temporal o social se convierte en un problema. A tal fin es ejemplar la lectura que Marx ha realizado en *La Ideología Alemana* de los procesos de universalización ideológica de la burguesía, en los cuales el momento culminante se configura con el reconocimiento de la igualdad formal de los ciudadanos en las grandes codificaciones burguesas. Cuando aún la herejía, según la expresión de Shaftesbury, no indicaba una simple opinión privada porque se usaba no sin «pasión» y señalaba aún un límite firme entre conformidad y disconformidad, la tolerancia obviamente no se constituía en tema de la comunicación. Serán las estrategias de diferenciación con el relativo aumento de los procesos auto-referenciales los que sugieren una solución *manierística* en la cual es la conformidad la que cubre la disformidad y luego la simetría la que incorpora disimetría.

Análogamente, en el sistema económico, la disimetría de las posiciones de intercambio debe encontrar justificación dentro de una armonía «natural de los intereses» -como en la fábula de las abejas de Mandeville- o bien en la hetero-regulación por parte de una «mano invisible» (Smith). La regla abiertamente utilitarista de una democracia -no solamente económica-, cuyo fin es la evidente desmesura de la «mayor felicidad del mayor número de ciudadanos», tiene como «destino» la igualdad formal

del inter-cambio entre equivalentes bajo forma de contrato entre sujetos abstractos de Derecho; y es bien sabido que en los sistemas jurídicos modernos las relaciones de producción son simplemente contratos. Es una historia hasta demasiado repetida aquella que la necesidad de una gran producción de ideología nace para devolver solidez y uni-formidad a los sistemas sociales que viven la explosión y la multiplicación de las subjetividades con sus expectativas y con los respectivos horizontes de experiencia como problemas reales de la estabilidad *(troublesome)*.

En la raíz de la modificación de esta antropología, primero *manierista* de conformidad -disconformidad, luego *barroca* de simetría-disimetría y después *iluminista* de igualdad-desigualdad, está la modificación de una representación compleja de la regla fundamental de la sociedad, de un *nomos* originario.

El tránsito descripto por Hobbes de una estructura antropomórfica a la idea de un soberano máquina individualiza uno de los puntos más decisivos de la modificación de la semántica de la legitimación. Por una parte, está el reconocimiento de la soberanía como una *artificial reason* creada por los mismos mecanismos del conflicto de la sociedad, gracias a una renuncia y a una delegación de cuotas de poder. La producción que autoriza la regla -antes se decía: una disimetría «necesaria»- nace, pues, de un pacto horizontal entre los asociados; y la consecuencia es que ya ha declinado la idea de una regla, válida desde siempre, que ha de ser obedecida *(iusiurandum)*.

El derecho producido por esta razón artificial más que eliminar el arbitrio *ab-solutum* del soberano *(autoritas non veritas facit legem)* lo liga al pacto que constituye el poder delegado. No es una casualidad que haya sido conceptualizado a este respecto el derecho de resistencia que disuelve la obligación política en presencia del tirano. La semántica de la regla se desplaza de un derecho *sobre el cual* obedecer a un derecho *para* obedecer mediante un pacto, de un derecho *paterno* a un derecho *fraterno (cum-iurandum)* (A. M. Battista, 1966; G. Marramao, 1986). Es entonces la conjura *(coniuratio)* la que define la semántica de la política moderna, el jurar conjuntamente lleva dentro el sentido de una reducción «representativa» del soberano que, a través de la simetría del pacto entre iguales, evita para los asociados el destino del padre.

En el cuadro manierista del *theatrum europaeum* la conjura simboliza la escena fundamental (Urszene) del parricidio, a la búsqueda de una medida de la igualdad. La elaboración iluminista de la democracia y la idea de los sistemas jurídicos modernos de fundar la legitimidad sobre la legalidad constitucional (o

del pacto constitucional) aun en sus resultados formalistas extremos, permanecen ancladas a esta escena fundamental que define el sentido de la teología política moderna.

El resurgir bajo otra forma -dentro de una semántica que transforma el sentido antagónico de sus conceptos- de disimetrías, desigualdades, inseguridades en el *interior* mismo, no *a pesar* del pacto entre iguales, representa la vanidad y vacuidad de aquel parricidio. El arbitrio del soberano reaparece en su absolutismo incontrolable, también en la representación más procesal de las reglas de la democracia. No se trata entonces de liberarse con un acto voluntario de decisión de aquello que Foucault llama la obsesión de la soberanía -creo que también esto forma parte de aquella escena del *theatrum europaeum*.

Tal vez se trata, aunque dicho sin arrogancia, de comprender con mucha auto-ironía hasta qué punto nuestros discursos «iluministas» sobre el problema del presente están constreñidos y determinados por el lenguaje de la tradición; o, por volver a Koselleck, cuanta sedimentación histórica existe en nuestros conceptos; o, mejor, en qué medida nuestro horizonte de expectativa está dependiendo del espacio de experiencia.

Concluyendo entonces, una filosofía «pública» que escoge permanecer confinada en la descripción microfísica de las desigualdades individuales, como si fueran incidentes aislados de la democracia para corregir con políticas singulares de *public choices*, no es únicamente inadecuada y no está a la altura de una teoría de la sociedad compleja, sino que es fundamentalmente ideológica. El *paternalismo*, por tanto, no es un problema simple de posibilidades y límites de un poder de interferencia en la esfera de otros sujetos, sino que es una importante metáfora del pacto.

(Trad. de Jorge Malem Seña)

BIBLIOGRAFÍA

H. Atlan, *Entre le Cristal et la Fumée*, París, 1979.
A. M. Battista, *Alle origini del pensiero politico libertino*, Milano, 1966.
V. Camps, *La imaginación ética*, Barcelona, 1983.
E. Diciotti, «Paternalismo», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*. XVI, 2, 1986, 557.
J. P. Dupuy, *Ordre et desordre*, París, 1982.
G. Dworkin, *Paternalism*, in R. Sartorius (ed.), *Paternalism*, Minneapolis, 1983, 19-34.
N. Elías, *La civiltà delle buone maniere*, Bologna.
E. Havelock, *Dike. La nascita della coscienza*, Bari, 1981.
T. Hobbes, *Behemoth*, trad. it., Bari.
—, *Leviathan*, trad. it. Bari, 1974, 150.
R. Koselleck, *Futuro passato*, Génova, 1986.
—, *Critica illuministica e crisi della società borghese*, Bologna, 1972.
N. Luhmann, *Struttura della società e semantica*, Bari, 1983.
—, *Amore come passione*, Bari, 1985.
C. Marramao, «L'ossessione della sovranità», en *Effetto Foucault*, a cura di P. A. Rovatti, Milano, 1986, 171-183.
K. Polanyi, *La grande trasformazione*, Torino, 1974.
J. Rawls, *Teoria della giustizia*, Milano, 1982.
F. Ruffini, *Il principio maggioritario*, Milano, 1976.
R. Sartorius, *Paternalism*, Minneapolis, 1983, Introd.
C. Schmitt, *Scritti su Th. Hobbes*, Milano, 1986.
R. Schnur, *Individualismo e assolutismo*, Milano, 1979, 14.
Shaftesbury, *Lettera sull'entusiasmo*, Milano.
L. Strauss, *Persecution and the Art of Writing*, Glencoe III, 1952.

SOBRE EL ORIGEN DE LA JUSTIFICACIÓN PATERNALISTA DEL PODER EN LA ANTIGÜEDAD CLÁSICA

Aunque el modelo *paternalista* del Estado queda vinculado habitualmente al antiguo régimen, incluso por lo que refiere a la justificación eudemónica del poder, hasta el punto de que la ilustración puede ser entendida en clave de proyecto de debelación de los supuestos en que se sustenta dicho modelo, como negación del poder despótico, lo cierto es que la conexión entre *paternalismo*, concepción eudemónica del poder y legitimidad/legitimación, puede remontarse a la antigüedad clásica, como trataremos de mostrar en lo que sigue.

La clave para un enfoque correcto del problema la ofrece, en mi opinión, ya Sumner Maine[1], que destaca la analogía entre familia y Estado en el mundo antiguo, analogía que se refuerza en Roma[2], en la *civitas*, y a través de la Edad Moderna pasa a legitimar al monarca, como ejemplificarán Bodin o Althusius. Precisamente Kant supone un giro decisivo en esa analogía, incluso frente a alguna de las direcciones que imperan en la ilustración, por cuanto mantiene una concepción individualista del derecho de familia como una de las partes del Derecho privado -desde luego, superior y previo al Derecho público- cuyo centro es la persona y cuyo principio es la idea de posesión, hacia cosas y personas: son relaciones no subordinadas, sino previas, a la condición del ciudadano. Como es sabido, esa construcción es la que a través de Savigny hereda toda la dogmática iusprivatista, si bien poniendo el acento en las otras dos partes, en la relación del principio de posesión hacia cosas (derechos reales) y

[1] Sumner Maine, *Ancient Law*, cit. por la ed. cast. con prólogo de S. Azcárate, Madrid, E. T. del Hospicio, 1893, esp. el cap. V, págs. 91 y ss. Y págs. 119 y ss. Y 157-159.

[2] Sobre el particular, p. ej., Bonfante, *Istituzioni di diritto Romano*, St. Riuniti di Arte Grafica, Milano, 1957, págs. 139 y ss., o «La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato», en *Scritti giuridici vari*, IV, Roma, 1925, pág. 30), o Boehmer, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordemmg*, Tübingen, 1950, pág. 169 ss.

personas (derecho de obligación), más que hacia los derechos personales. De ahí los referentes de la figura del soberano: padre, amo-señor, monarca de derecho divino-*imago Dei*.

En efecto, tanto Platón como Aristóteles nos ofrecen textos significativos de esa analogía. De algún modo, la obra mayor de Platón, su *República* no es sino el intento de hacer de la πολις una gran familia -más aún que la analogía macroantropológica-, que se basa, desde luego, en la disolución de la familia natural[3]. Por su parte, Aristóteles, al señalarla como comunidad natural originaria, la propone en realidad como el paradigma axiológico político, sobre el que ha de modelarse la πολις[4]. Como señala Pugliatti[5], «le analogie tra comunità familiare e comunità politica simbolegginao, sotto un aspetto statico, ora la forza attrattiva dell'una, óra la capacità assorbente dell'alta», siguiendo con ello una intuición de Vico: «Familia quaedam parva res publica est, cuius paterfamilias princeps, uti res publica est quaedam magna familia, cuius princeps est pater vel dominus»[6]. Ciertamente, en Roma las analogías entre familia y Estado se encuentran aún más claras, en el ámbito jurídico institucional (la potestad del paterfamilias, su protagonismo en el mundo del Derecho), máxime cuando la *civitas* es el desarrollo orgánico de la familia -y en la evolución de la *civitas* eliminadas *tribus y gentes* quedan sólo familia y *civitas*-. Lo interesante, a los efectos del objeto de esta investigación, es indagar el vínculo entre esas analogías y el ejercicio del poder, y cómo se recurre para ello a un discurso inequívocamente paternalista. A ese respecto es en mi opinión especialmente significativo el hecho de que sea posiblemente Platón el primero en formular el carácter necesario del secreto, o, para ser más exactos, no del secreto sino del engaño, de la mentira, para la tarea de gobierno, y todavía lo es más si se pone en relación con las críticas que formula al régimen de publicidad que caricaturiza como «teatrocracia». Veámoslo con más detalle. Los textos más interesantes son los que ofrecemos a continuación y que dan origen a lo que en la Filosofía Política se conoce como teoría de la «noble mentira» (uno de los recursos

[3] Cfr., p. ej., *República*, II, 10, 368c-370a. Cito por la ed. de *Les Belles Lettres*, París, 1970, tomo VI, págs. 63-65.

[4] *Politica*, 1252b, 12-14. Cito por la ed. de *Les Belles Lettres*, París, 1968, tomo I, pág. 13. (De la trad. cast. de Marías-Araujo, I. E. P., Madrid, 1951, págs. 2-3).

[5] Pugliatti, voz *Diritto Pubblico e Privato*, Nov. Dig., pág. 707.

[6] Vico, G., «De universi iuris uno principio et fine uno», en *Il diritto universale*, ed. a cargo de Nicolini, Bari, 1936, pág. 68.

por excelencia del discurso *paternalista*) según la propia afirmación de Platón, que se remite a la fábula de Cadmo sobre el origen de los espartanos[7], que es el modelo de «mentira beneficiosa». En realidad, la mentira, la *verdadera mentira* «es odiada no sólo por los dioses, sino también por los hombres», conviene Platón[8]. Esto es perfectamente coherente con lo que nos enseña H. Arendt sobre las dimensiones pública y privada en Grecia[9], en la que discurso y acción son coexistentes e iguales. La acción política se lleva a cabo mediante palabras, pero aun más: «encontrar las palabras oportunas en el momento oportuno es acción»[10]. No es exagerado calificar la πολις griega como «el más charlatán de todos los cuerpos políticos», aquel en el que el discurso alcanza la mayor importancia, sobre todo como instrumento de persuasión (en lugar de violencia), y de ahí, como también subraya Arendt, la diferencia entre retórica y dialéctica, tal como la formula Platón en el *Gorgias* o Aristóteles en su *Retórica*[11]. La πολις es en ese sentido, «la garantía contra la futilidad de la vida individual... La realidad de la esfera pública radica en la simultánea presencia de innumerables perspectivas y aspectos en los que se presenta el mundo común... ser visto y oído por otros deriva su significado de que todos ven y oyen desde una posición diferente»[12]. Sin embargo, Platón atisba la posibilidad de una mentira beneficiosa asimilándola al «remedio con que se contiene un mal»[13], contra los enemigos, contra la locura o en caso de leyendas. Es cierto que esa mentira será excepcional, como reconoce pocas páginas más allá cuando escribe: «Pero también la verdad merece que se la estime sobre

---

[7] *República*, III, 414 b/c, cit, por la ed. de Oevres, de *Les Belles Lettres*, tome VI, págs. 135-136.

[8] *Ibíd*., 382a, pág. 101.

[9] *The Human Condition*, cit. por la trad. castellana de R. Gil, Seix Barral, Barcelona, 1974, págs. 39 y ss.

[10] *Ibíd*.,44.

[11] *Gorgias*, 448d, pág. 110. Cito por la ed. de *Les Belles Lettres*, París, 1968, tomo III-2. Igualmente, por lo que hace a Aristóteles, *Retórica* (cito por la trad. cast. de Tovar, I. E. P., Madrid, 1953, págs. 5-6), 1354 a 112 y ss. Por eso, la segunda definición aristotélica del hombre como ser vivo capaz de discurso (*Ética Nic.,* 1142 a 25 y 1178 a 6 y ss.) (No he podido disponer tampoco de esta obra -como de la *Retórica*- en la ed. francesa citada; utilizo la trad. cast. de Araujo Marías, I. E. P., Madrid, 1959, págs. 167-168.

[12] Arendt, *op. cit.*, págs. 81 y 83. En el fondo, como resume Arendt, la distinción entre la esfera del ἰδιον- lo privado- y la de la πολις es la que hay entre la necesidad y la libertad, lo que será retomado por alguno de los teóricos del contrato y sobre todo por Hegel.

[13] *República*, 382c/d, ed. cit., pág. 88 del tomo VI.

todas las cosas. Porque, si no nos engañábamos hace un momento, y realmente la mentira es algo que, aunque de nada sirva a los dioses, puede ser útil para los hombres a manera de medicamento, está claro que una semejante droga debe quedar reservada a los médicos, sin que los particulares puedan tocarla. -Es evidente -dijo-, si hay, pues, alguien a quien le sea lícito faltar a la verdad, serán los gobernantes de la ciudad, que podrán mentir con respecto a sus enemigos o conciudadanos en beneficio de la comunidad, sin que ninguna otra persona esté autorizada a hacerlo. Y si un particular engaña a los gobernantes, lo consideraremos como una falta igual o más grave que la del enfermo o atleta que mienten a su médico o preparador en cuestiones relacionadas con sus cuerpos, o la del que no dice al piloto la verdad acerca de la nave o de la tripulación o del estado en que se halla él o cualquier otro de sus compañeros»[14].

Que Platón es consciente de lo arriesgado de su afirmación lo demuestra el carácter excepcional del recurso a la mentira, que es parangonado a la necesidad de recurrir a las drogas (el término en griego, φαρμακων, no se distingue del de medicina), como escribe cuando trata de presentar el proyecto eugenésico que ha de instaurar el régimen perfecto que pretende:

-¡Ay, querido amigo! -exclamé- ¡Qué gran necesidad vamos a tener de excelsos gobernantes, si también sucede lo mismo en la raza de los hombres!

-¡Pues claro que sucede! -dijo- ¿Pero por qué?

-Porque serán muchas -dije- las drogas que por fuerza habrán de usar. Cuando el cuerpo no necesita de remedios, sino que se presta a someterse a un régimen, consideramos, creo yo, que puede bastar incluso un médico mediano. Pero cuando hay que recurrir también a las drogas, sabemos que hace falta un médico de más empuje.

-Es verdad. ¿Pero a qué refieres eso?

-A lo siguiente -dije-: de la mentira y el engaño es posible que hayan de usar muchas veces nuestros gobernantes por el bien de sus gobernados. Y decíamos, según creo, que era en calidad de medicina como todas esas cosas resultaban útiles.

-Muy razonable -dijo[15].

---

[14] *Ibíd*., 389b/c, págs. 96-97 del tomo VI.

[15] *Ibíd*., 459c/d, tomo VII, pág. 65. En *Las Leyes*, 663d (ed. cit., tomo XI, I. parte, pág. 54), en el diálogo entre Clinias y el Ateniense, éste vuelve a repetir la justificación, *en interés del bien*, de la «audacia de mentir a la juventud»; mediante esa «útil mentira», se consigue del modo más eficaz que «todos cumplan lo justo y no por fuerza, sino libremente».

Lo interesante es, desde luego, que la mentira sólo es lícita para el gobernante, como medicina (es evidente la resonancia del símbolo veneno-triaca) como *droga* (que ese es el sentido originario del término, como ha hecho ver entre nosotros A. Escohotado), para beneficio de la comunidad -que él interpreta; mejor, que sólo él conoce-, frente a los enemigos externos y también frente a los ciudadanos. Por el contrario, esa misma mentira en boca del ciudadano respecto al gobernante, es una falta muy grave. En este texto se encuentran ya casi todos los elementos de la tradición política *paternalista* que ahora trato de analizar y que desemboca en la teoría de la razón de Estado propia del absolutismo: el pueblo es ignorante y enfermo, debe estar inerme ante el gobernante -que conoce y que cura aunque la medicina sea dolorosa (veneno-la lanza que sana) o contraria a los deseos del enfermo- y por eso resulta necesario el engaño. El símil es también efectivo en cuanto a la tarea misma de gobierno: un arte, una técnica en el sentido de arte (técnica que requiere aprendizaje y práctica, sólo posibles para unos pocos), como *lo es* la medicina. Pronto veremos que son esos los ingredientes de la política de la razón de Estado. Pero aún no abandonamos a Platón, porque, como decía, ese entusiasmo por la utilización del engaño es paralelo al desprecio que tiene por la intervención del pueblo en los asuntos de gobierno, como ha sido destacado entre otros por Popper y por Bobbio a propósito del problema que comento[16]. Efectivamente, Platón califica como «teatrocracia miserable», como «democracia respecto a la música», el hecho de que se permita al público juzgar sobre ella, y encuentra aquí, una vez más, una muestra de corrupción: la pretensión del pueblo de conocerlo todo, de opinar, de decidir sobre todo, la democracia, es una forma corrupta[17]. El interés de esta invectiva reside no sólo en constituir una muestra más del tipo de argumentación antidemocrático -por otra parte, perfectamente coherente cuando la cuestión política fundamental es ¿quién gobierna? y no ¿cómo se gobierna?-, sino, sobre todo,

[16] *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, págs. 77 y ss.

[17] Cfr. *Leyes*, 695b y 70a. Por otra parte, Bobbio señala agudamente la influencia de Platón sobre Nietsche, que reprocha a Wagner haber dado impulso a la «presunción del profano, del idiota en el arte», que quiere erigirse en juez *in rebus musicis et musicantibus*. Es Nietzsche también quien demuestra la teatrocracia, la supremacía del teatro sobre las demás artes. Indudablemente el problema cobra hoy dimensiones insospechadas para Platón, que no para Nietzsche. Cfr. de éste su *Der Fall Wagner Ein Musikanten - Problem*, en Werke, VI, 3, De Gruyter, Berlín, 1969, pág 33.

porque supone el rechazo absoluto de la publicidad en la medida en que está vinculada con la democracia, en la medida en que la implica. Desde luego, eso no quiere decir que, como en tantas otras ocasiones, la flecha del argumento no encuentre un buen blanco, aunque sea distinto de aquél al que apuntaba (como sucede, en parte, en el conocido argumento aristotélico sobre la posibilidad de prescindir de la esclavitud). Efectivamente, la teatrocracia, o, mejor, la política como espectáculo (parafraseando el título de la obra de Schwarzenberg[18]) que es una de las dimensiones características de la democracia de masas, opera profundas transformaciones de las reglas básicas del Estado democrático, y, una vez más, la paradoja se convierte en una amenaza para el principio de publicidad -el riesgo de la manipulación, el de la «publicidad cegadora» propio de la sociedad de consumidores- tal y como lo hemos visto hasta ahora.

Aunque es Platón el máximo representante de la teoría de la mentira como instrumento de gobierno, hasta el punto de convertirse en texto *canónico* al respecto, en el pensamiento clásico griego es posible encontrar otros ejemplos y significativamente los de Jenofonte[19], y Aristóteles[20], desde luego, menos conocidos y utilizados que el anterior. El más conocido, ciertamente, es el de las *Memorables* de Jenofonte, donde Sócrates muestra a Eutidemo que la mentira pudiera ser justa. Los ejemplos que utiliza serán bien tenidos en cuenta por los tacitistas y maquiavelistas, por ejemplo, en la discusión en torno a la razón de Estado. Son los seis supuestos siguientes:

1. El «sometimiento de una nación injusta y enemiga».
2. El «engaño en el curso de la guerra».
3. El «robo, el pillaje de los bienes de los enemigos».
4. El «engaño a los propios soldados para darles valor».
5. El «engaño al niño que no quiere tomar la medicina».

---

[18] Schwarzenberg, R. G., *Lo Stato spettacolo. Attori e pubblico nel grande teatro della politica mondiale* (cito por la ed. italiana de Ed. Riuniti, Roma, 1980), sobre la que llama la atención Bobbio en la nota 7 de la pág. 88 del libro cit. en n. 89.

[19] El texto, también invocado con frecuencia en el Renacimiento (hasta finales del XVI y comienzos del XVII), es el de los *Memorables*, L, IV, II, que citamos por la ed. de *Les Auteurs Grecs*, París, Hachette, 1886, págs. 261-34. Los supuestos recogidos en el texto se encuentran en las páginas 26, 27 y 28.

[20] *Politica*, IV, 13, 1297a. Cit. por la ed. de *Les Belles Lettres*, París, 1971, vol. II, págs. 174-175. Se trata de la argumentación sobre los artificios legislativos de las oligarquías, «inventados como pretextos para engañar al pueblo», y frente a los cuales existen artificios democráticos.

6. El «robo o despojo de sus armas al amigo desesperado que puede intentar suicidio».

Lo que Sócrates trata de mostrar a Eutidemo, pues, se resume en estas dos consecuencias: en primer lugar, que la mentira, el engaño y el perjuicio causados al enemigo, en acción de guerra, son justos. Además, y esto es lo que específicamente nos interesa, pues está directamente relacionado con la argumentación *paternalista*, que puede ser justo también engañar a los amigos por su propio bien: los enfermos, los niños, los subordinados. El dato común es que quien conoce lo justo, quien persigue un buen fin, puede utilizar medios aparentemente injustos para conducir al ignorante (al que no puede valerse de sí) hacia la justicia, es decir, la clásica argumentación contra la que reaccionará Kant[21].

[21] P. ej., en *Über das Gemeinspruch: das Mag in der Theorie richtig sein, Taugt aber nicht für die Praxis*: «El soberano quiere hacer feliz al pueblo según la idea de felicidad que él mismo tiene, y se convierte en déspota» (en *Werke* (VI), cit., pág. 159). Es el error de introducir el Principio de Felicidad como fin del Estado de Derecho: sólo le conducirá al mal. Sobre el particular, permítaseme la remisión a mi «Anotaciones sobre el principio kantiano de publicidad», en *Dianoia*, 1988/1 (nueva época).

A R T Í C U L O S

EL CONCEPTO SOCIOLÓGICO DEL DERECHO

I. *Enfoques teórico-normativos y sociológicos del Derecho*

El problema que me interesa analizar en lo que sigue fue ya claramente descrito por Immanuel Kant en su *Metafísica de las costumbres* de 1797[1]. En su «Introducción a la teoría del Derecho» -que fuera concebida por él como una parte de la teoría de la moralidad- dice Kant[2] con respecto a la pregunta «*¿Qué es el Derecho?*» que ella provoca entre los juristas la misma perplejidad que entre los lógicos la pregunta «*¿Qué es la verdad?*». Kant procura hacer frente a las dificultades gnoseológicas y epistemológicas que plantea esta pregunta dividiéndola en otras dos, es decir, 1) la pregunta acerca de que «¿Qué es Derecho? *(quid sit iuris)*» y 2) la pregunta acerca de si lo que las leyes quieren «también es conforme a Derecho», es decir, *correcto* en el sentido de que puede ofrecer un *criterio para la distinción entre lo justo y lo injusto (iustum et iniustum)*. Kant consideraba que podía darse una respuesta a la *primera* pregunta recurriendo a aquello «que las leyes dicen o han dicho en un cierto lugar y en un cierto tiempo». En cambio, la respuesta a la *segunda* pregunta sería posible sólo si el jurista estuviera dispuesto a abandonar por lo menos «por un tiempo aquellos principios empíricos» y a buscar «las fuentes de aquellos juicios en la mera razón» a fin de «construir los fundamentos de una posible legislación positiva»[3].

1. Manifiestamente, Kant sustentaba una posición muy crítica con respecto a la *posibilidad de una teoría empírica del Derecho* -cuyas fuentes debían ser buscadas no sólo en la razón, sino también en los datos históricos y sociales-, pues observa, algo despectivamente, que: «Una teoría del Derecho meramente empírica es (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro)

---

[1] Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*. En lo que sigue citado según la Werkausgabe (WW) en seis tomos editada por Wilhelm Weischedel. Citada según la reimpresión de Darmstadt, 1956 ss. Aquí WW IV, págs. 303 ss., 309 ss.

[2] *Ibíd*., pág. 336.

[3] Al respecto y para lo que sigue, *ibíd*., pág. 336 § B.

una cabeza que puede ser bella pero que, desgraciadamente, no tiene cerebro[4].» Frente a esta *autoapriorización del pensamiento kantiano*, uno se siente tentado a reaccionar con una *reformulación* mucho más escéptica con respecto a las posibilidades del conocimiento jurídico pero orientada empíricamente y que parte de *las condiciones histórico-sociales de todo Derecho*, que determinan y signan también todo conocimiento del Derecho. Según esta posición, una teoría del Derecho meramente racional es, como la cabeza de madera en la fábula de Fedro, una cabeza que puede ser bella, pero que, desgraciadamente, no puede tener vivencias ni percepciones, no puede observar, describir y explicar. En lo que sigue -a diferencia de Kant y de los neokantianos- me propongo demostrar que la cabeza que desde el comienzo desea diseñar una teoría del Derecho *genuinamente empírica* no necesita en absoluto ser de madera y descerebrada, es decir, *carecer* de toda *razón*, tal como pensaba Kant. Por el contrario, me parece sumamente irracional pretender fundamentar una *teoría y una sociología* del Derecho de alguna otra manera que no sea empírica, es decir, apoyada en percepciones, en observaciones controladas y en experiencias realizadas.

2. No hay duda que, gracias a la orientación que Kant impusiera al desarrollo de la ciencia del Derecho, desde el siglo XIX (i) pasó a primer plano la *praxis humana de la acción y del conocimiento*; (ii) se concedió a toda *praxis jurídica prioridad frente a la teorización*, y (iii) por lo que respecta a la teorización que elabora la praxis jurídica cotidiana, se estimularon decididamente los esfuerzos en aras de una *fundamentación gnoseológica y epistemológica*[5]. Pero, en virtud de la división del cuestionamiento, señalada más arriba, la definición del concepto de Derecho y la ulterior teorización no fueron conducidas por una vía histórico-social, sino por la vía meramente «racional» de la *filosofía del Derecho y de la moral* o, dicho modernamente, fueron desplazadas a la teoría de la justicia[6]. También hoy resulta

[4] *Ibíd*., pág. 336.

[5] Para mayores detalles: Werner Krawietz, «Normativismus oder Skeptizismus? Zum Verhältnis von Regelsetzung und Regelbefolgung in der kritischen Rechtstheorie Kants», en la del mismo autor Walter Ott (comps.), *Formalismus und Phänomenologie im Rechisdenken der Gegenwart*, Berlín, 1987, págs. 321-342, 323 s., 339.

[6] Entendida aquí en el sentido de Rawls, Nozick, Buchanan y Dworkin. Al respecto, cfr. Peter Koller, *Neue Theorien des Sozialkontrakts*, Berlín, 1987. Cfr. además, Werner Krawietz, «Kontraktualismus oder Konsozialismus?», en K. W. Dahm y otros (comps.), *Politische Theorie des Johannes Althusius*, Berlín, 1988, págs. 391-423, 402 ss.

obvio que Kant -no obstante todos los esfuerzos con miras a una *fundamentación apriorística* de su definición del Derecho- no logró desarrollar una teoría del Derecho satisfactoria, tanto desde el punto de vista práctico como teórico. Sólo en época reciente se ha percibido la *peculiaridad y originalidad de su teoría del Derecho* y su contribución crítica -también sociológicamente relevante- a la definición del concepto del Derecho, algo que, debido a que su teoría del Derecho estaba incluida en su *Metafísica de las costumbres*, durante largo tiempo permaneció oculto[7].

3. En lo que sigue, parto del cambio en el pensamiento jurídico, que en el caso de la ciencia alemana del Derecho se produjo sobre todo a raíz de la decisiva influencia de los críticos de Kant y su teoría del Derecho[8], que ya a mediados del siglo XIX condujera a un concepto sociológico del Derecho. Se trataba aquí de un tan profundo *cambio en el diseño total de la acción y la investigación de la jurisprudencia, de la teoría y la filosofía del Derecho* que, sin exageración, puede hablarse de un cambio de paradigma que revolucionó todas las concepciones jurídicas anteriores. Tal como lo he expuesto en otro lugar[9], este cambio se llevó a cabo en dos fases. En la primera, ya a fines del siglo XVIII, bajo la influencia de las críticas de Kant, tuvo lugar una *paulatina disolución y superación del pensamiento tradicional, metafísico-especulativo, del Derecho natural y racional*; en la segunda fase, se produjo el *vuelco a una jurisprudencia sociológica*, vinculado con la obra pionera de Ihering y que externamente está claramente marcado por la publicación de los dos tomos de su obra tardía *El fin en el Derecho*, en los años 1877 y 1883. Esta obra constituye también el *paso a una fundamentación sociológica del Derecho* y, con ello, se convierte en un hito esencial del desarrollo del pensamiento jurídico a partir del siglo XIX.

4. Pero antes de entrar a analizar las diferentes *posibilidades teóricas de un acceso sociológico al Derecho*, parece oportuno introducir una limitación más. Por lo que respecta a las posiciones

---

[7] Krawietz, «Normativismus...», págs. 338 s., 340.

[8] Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 1781; del mismo autor, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1788; del mismo autor, *Kritik der Urteilskraft*, 1790. Cfr. además, del mismo autor, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785; del mismo autor, *Metaphysik tler Sitten*, 1797. Cfr. al respecto, Jürgen Blühdorn, «'Kantianer' und Kant. Die Wende von Rechtsmetaphysik zur 'Wissenschaft' vom positiven Recht», en *Kant-Studien*, 64 (1973), págs. 363-394.

[9] Werner Krawietz, «Zum Paradigmenwchsel im Juristischen Methodenstreit», en, del mismo autor, Kazimierz Opalek y otros (comps.), *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, Berlín, 1979, págs. 113-152, 131 ss.

frente al Derecho y la sociología del Derecho, cabe señalar que -prescindiendo de algunas excepciones a las que habré de referirme de inmediato- la *sociología del Derecho germano-occidental* se ha limitado en los últimos decenios a una investigación social empírica, más o menos *ateórica*[10]. También la reciente sociología del Derecho germano-occidental ha insistido en amplios ámbitos y con demasiada diligencia en una *investigación empírica de proyectos por encargo*[11], sin prestar la debida atención a la *investigación básica teórico-jurídica* y *jurídico-sociológica*. Y, finalmente, hasta el día de hoy falta una recepción y elaboración adecuadas de lo logrado en los últimos decenios en la *teoría de las normas, tanto a nivel nacional, como internacional*[12]. Sólo en época reciente, en la llamada *investigación jurídica empírica*[13], comienza -aunque algo tímidamente- a tomarse conciencia de que con la mera obtención de información a través de la llamada investigación de los hechos jurídicos, no se gana mucho por lo que respecta al conocimiento del Derecho ya que este último depende y seguirá dependiendo en gran medida de la teoría[14].

5. Actualmente, por lo que respecta a la conceptuación teórico-jurídica y jurídico-sociológica del Derecho, luchan por su reconocimiento numerosos enfoques de explicación *teórico-normativos*, cada uno de los cuales considera como característicos de la *estructura de la norma jurídica* o del *orden jurídico* diferentes elementos del Derecho. En sus recientemente publicados

---

[10] Al respecto, por ejemplo, la controversia sobre la relevancia teórica de la llamada investigación KOL («Knowledge and Opinion about Law»); cfr. Gerlinda Smaus, «Theorielosigkeit und politische Botmässigkeit der KOL-Untersuchungen», en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 3 (1981), págs. 245-277; Erhard Blankenburg, «Die impliziten Theorien der KOL-Forschung», en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 4 (1982), págs. 291-296; Gerlinda Smaus, «Eine Erwiderung auf Blankenhurg», *loc. cit*., págs. 297-304, 299 s.

[11] Una instructiva visión general ofrecen Konstanze Plett y Klaus A. Ziegert (comps.), *Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik: Zur Problemlage rechtssoziologischer Auftragsforschung*, Tubinga, 1984.

[12] Cfr. al respecto la visión general en Neil MacCormick/Ota Weinberger (comps.), *An institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986; Werner Krawietz, «Ansätze zu einem Neuen Institutionalismus in der modernen Rcchtstheorie der Gegenwart», en *Juristen-Zeitung*, 40 (1985), págs. 706-714.

[13] Klaus A. Ziegert, «Die Erfahrung rechtssoziologischer Forschung im internationalen Vergleich. Zugleich eine Zusammenfassung der Länderberichte», en Plett/Ziegert (comps.), *loc. cit.*, págs. 159-173, 172 s.

[14] Cfr. al respecto, Heleen F. P. Iestwaart, «Some Notes of the Relations between Empirical Research and Theory», en Plett/Ziegert, *op. cit.*, pág. 210-220, 211 ss., 216ss.

tratados de sociología jurídica, Raiser[15] y Röhl[16] ofrecen una visión panorámica de las diferentes teorías sobre las normas. Se trata aquí de *enfoques y modelos de pensamiento* que no son genuinamente sociológicos, sino que proceden de la *teoría y la filosofía del Derecho*[17]. En lo esencial, se trata de los siguientes enfoques que aquí tan sólo pueden ser brevemente esbozados:

a) El enfoque más importante es la *teoría del mandato o teoría imperativa* del Derecho (Hobbes, Austin, Kelsen, Olivecrona) que interpreta al Derecho como orden del legislador estatal dirigida a través de la norma jurídica 1) *a los ciudadanos* y 2) *a la organización estatal* o a partes de la misma.

b) La teoría imperativa se superpone, al menos parcialmente, con la *teoría de la coacción y la sanción* del Derecho (John Austin, Kelsen, Römer) que concibe a la amenaza o a la imposición de sanciones y a la coacción hasta la violencia física (medidas de ejecución de la pena) como elementos estructurales de la norma jurídica.

c) Ambos enfoques son complementados con la llamada *teoría de la función o de los funcionarios jurídicos* (Julius Stone, Roscoe Pound, Max Weber). Esta última parte de la concepción según la cual la función del Derecho consiste en 1) *ejercer control social* y 2) en llevar a cabo este control normalmente a través de un *equipo de funcionarios judiciales* especializados, especialmente a través de una *burocracia de decisión altamente organizada*, sobre todo a través del Estado.

d) Estas teorías son completadas y complementadas a través de la llamada *teoría del reconocimiento* (Habermas, Dreier, Alexy) según la cual el carácter jurídico de una norma depende, en última instancia, de la opinión de la comunidad, de partes de la misma o de un discurso racional[18]. Este último es entendido en el sentido de «un proceso de pensamiento y argumentación no institucionalizado». Por lo tanto, lo que esencialmente importa

---

[15] Thomas Raiser, *Rechtssoziologie*, Frankfurt del Meno, 1987, 199 ss.

[16] Werner Krawietz, *Juristische Entscheidung und Wissenschaftliche Erkenntnis. Eine Untersuchung zum Verhältnis von dogmatischer Rechtswissenschaft und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung*, Viena/Nueva York, 1978, págs. 86 ss., 97 ss., 133 ss.

[17]

[18] Cfr. al respecto, sobre todo Ralf Dreier, *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die gegenewärtige Diskussion*, Frankfurt del Meno, 1986, págs. 25 ss., 36 ss. Ver también Robert Alexy, «Rechtssystem und praktische Vernunft», en *Rechtstheorie*, 18 (1987), págs. 405-419, 418 s.

en el Derecho es su reconocimiento, su aceptación o, al menos, su aceptabilidad racional[19].

6. Desgraciadamente, a partir de estas teorías *no* se puede inferir *qué significación* práctica y teórica tienen los distintos elementos estructurales del Derecho (orden, coacción, sanción, reconocimiento, aceptación, etc.) y ni siquiera se puede saber *sí* y *por qué* estos factores pertenecen a los elementos estructurales del Derecho.

a) La construcción de una *teoría estructural del Derecho* que procure satisfacer -desde el punto de vista teórico-jurídico, teórico social y también metateórico[20] las condiciones histórico-sociales de los *sistemas jurídicos* actuales, sobre todo de los *organizados estatalmente*, está hasta el día de hoy afectada y oscurecida por el *tratamiento* altamente *controvertido* que se confiere a los elementos estructurales mencionados más arriba, sobre todo a los aspectos de la sanción y la coacción que, en algunos casos, están a cargo de un equipo de funcionarios judiciales.

b) Falta -y ésta es mi tesis central- un marco de referencia conceptualmente básico y coherente, es decir, una *teoría marco del Derecho* orientada hacia el permanente juego recíproco de normas, hechos y acción humana y que permita un tratamiento adecuado de estas cuestiones.

c) Algunos esbozos de una tal teoría marco, entendida como un *Framework* conceptual al servicio de la exposición e interpretación de los sistemas jurídicos, están contenidos en (i) la jurisprudencia sociológica alemana del siglo XIX, (ii) los clásicos enfoques de la sociología jurídica alemana, desde Ihering y Max Weber, (iii) los diversos nuevos enfoques con miras a un pensamiento

[19] Ralf Dreier, «Der Begriff des Rechts», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 39 (1986), págs. 890-896, 890. Para una discusión crítica del concepto de Derecho de Dreier, cfr. Werner Krawietz, «Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?», *Rechtstheorie*», 18 (1987), págs. 209-254, 240 s. Cfr., además, la réplica de Ral Dreier, «Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?», en *Rechtstheorie*, 18 (1987), págs. 368-385.

[20] En la discusión, Herbert Simon ha advertido con razón contra una fundamentación del concepto del derecho desde el punto de vista de una teoría del poder. Los posibles puntos de partida y mi acceso a una teoría estructural institucionalista del poder y del Derecho son analizados en Werner Krawietz, «Verhältnis von Macht und Recht in staatlich organisierten Rechtssystemen», en Paul Hofmann y otros (comps.), *Festschrift für Klemens Pleyer zum 65. Geburtstag*, Colonia, 1986, págs. 217-235, 222 ss.

jurídico institucionalista, especialmente la teoría de las instituciones y de los sistemas, de Schelsky y Luhmann.

Por ello, en lo que sigue, habré de proceder en *tres pasos*:

-Primeramente habré de ocuparme de la caracterización del concepto sociológico de la norma jurídica tal como es sostenida -siguiendo a Ihering, Max Weber y Theodor Geiger- por los representantes de una nueva teoría de las instituciones y los sistemas (Schelsky, Luhmann) y por la teoría de los sistemas de reglas del Derecho, que yo mismo he propuesto. Me concentraré aquí, sobre todo, en el examen de la cuestión de saber si los factores más arriba mencionados, por ejemplo, la *sanción* o la *coacción* por parte de los funcionarios judiciales, pertenecen a los elementos estructurales de la norma jurídica o del orden jurídico.

-En un *segundo paso*, consideraré la cuestión de si, con relación a los resultados obtenidos previamente, se puede hablar de un *concepto monístico (estatista) del Derecho*, según el cual el Derecho es sólo el Derecho estatal, o si, en cambio, hay que partir de un *concepto pluralista (social) del Derecho*, que acepta también la existencia de un Derecho no estatal.

-Por último, en un *tercer paso*, analizaré la cuestión de si, bajo las condiciones de una sociedad pluralista, el *sistema jurídico estatalmente organizado* puede seguir siendo caracterizado como un *orden jerárquico* o si no tiene más bien que ser entendido como una *heterarquía* antagónica de agrupaciones sociales y formaciones de sistemas.

II. *Elementos estructurales del Derecho en la jurisprudencia sociológica y en la teoría del Derecho*

En la literatura sociológica, Ihering, Max Weber y Theodor Geiger, que expusieran en sus obras teorías de las normas detalladamente elaboradas, suelen ser catalogados como partidarios de la *teoría de la coacción y la sanción*, es decir, de la *teoría de los equipos judiciales*. Esto sucede, por ejemplo, en Bechtler[21], Raiser[22] y Röhl[23]. Algo similar sucede con los representantes de una teoría sociológica de las instituciones y sistemas del Derecho,

[21] Thomas W. Bechtler, *Der soziologische Rechtsbegriff*, Berlín, 1977, págs. 21 ss., 35 ss.

[22] Raiser, *Rechtssoziologie*, págs. 76 s., 99 ss., 231 s.

[23] Röhl, *Rechtssoziologie*, págs. 213 s., 216 s.

como por ejemplo, Helmut Schelsky y Niklas Luhmann, quienes son presentados más bien como teóricos de las normas fieles al Estado, para quienes la coacción, es decir, la amenaza de la coacción y las sanciones formarían parte de los elementos estructurales del Derecho[24]. En lo que sigue, a través de una *interpretación secundaria de estas teorías estructurales del Derecho*, habré de demostrar que esta concepción es esencialmente incorrecta. Para ello examinaré 1) la teoría de las normas de Max Weber, 2) la de Theodor Geiger y 3) la de Niklas Luhmann.

1. *Max Weber*

Los actuales partidarios de la tesis de la coacción, la sanción y los equipos judiciales[25] suelen invocar en su favor el § 6 de la teoría sociológica de las categorías de Max Weber, expuesta en *Economía y sociedad*[26]. En este famoso pasaje se dice: «Un orden habrá de ser llamado *Derecho* cuando está garantizado externamente por la posibilidad de la *coacción* física y psíquica a través de la acción de un *propio equipo* especializado de personas, destinada a obligar su cumplimiento o a castigar su violación». Esto es considerado como una prueba de que Weber, *per definitionem*, habría apoyado la tesis del carácter coactivo del Derecho, es decir, su imposición por parte de un equipo judicial[27].

1. Lo que aquí falsamente es citado como una supuesta definición de la norma, especialmente de la norma jurídica, no es *ninguna definición del Derecho*, sino simplemente un *intento* de Weber -quien aquí sigue a Ihering- de *delimitar el Derecho* frente a la «costumbre» y las «convenciones».

---

[24] Con respecto al primero, cfr. Hartmann Tyrell, «Gewalt, Zwang und die Institutionalisierung von Herrschaft: Versucht einer Neuinterpretation von Max Webers Herrsehaftsbegriff», en Rosemarie Pohlmann (comp.), *Person und Institution -Helmut Schelsky gewidmet*, Würzburz, 1980, págs. 59-92, 88 s.

[25] Cfr. al respecto, Alan Hunt, *The Sociological Movement in Law*, Londres, 1978, págs. 103 ss.

[26] Cfr. al respecto y para lo que sigue, Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5.ª edición, editada por Johannes Winckelmann, Tubinga, 1976, 1.ª mitad del tomo I, § 6b, pág. 17.

[27] Así, recientemente, Raiser, *Rechtssoziologie*, pág. 76, quien -en mi opinión incorrectamente- califica a Max Weber como «el padre de la llamada *teoría coactiva del derecho*... hoy dominante en la sociología jurídica».

a) Weber mismo manifiesta expresamente que lo que le interesa aquí no es una definición del *concepto* de Derecho, es decir, una definición del concepto jurídico de norma en tanto tal, sino establecer una distinción entre el Derecho y otras normas sociales. Por ello señala que el concepto «derecho» podría «ser delimitado para otros fines de manera totalmente distinta»[28].

b) En este contexto, Weber tampoco analiza *la estructura de la norma jurídica o del orden jurídico*, sino que la presupone como ya dada.

2. Tampoco le interesa aquí a Weber la definición del Derecho, sino una cuestión totalmente distinta, es decir, la cuestión de saber *cómo* puede «garantizarse» la «*legitimidad de un orden*», justamente el del Derecho[29]. Weber considera que una *garantía* de este tipo -entendida en el sentido de garantía de posibilidades específicas de eficacia- puede muy bien ser obtenida en la medida en que se logre apoyar, confirmar y reforzar permanentemente, es decir, garantizar de esta manera, las «expectativas» específicas que habitualmente están vinculadas con el Derecho.

a) Por tanto, la hasta ahora dominante concepción que aquí he criticado no toma en cuenta el hecho de que para Weber entre los elementos estructurales esenciales del Derecho se cuentan sobre todo «expectativas» normativas bien específicas y socialmente establecidas.

b) Estas «expectativas», articuladas con los medios del lenguaje jurídico, normativamente establecidas con carácter de permanencia, pueden, a su vez, ser «garantizadas» «a través de expectativas de un *tipo* especial»[30] en el sentido de que con el cumplimiento del Derecho se espera también la satisfacción de determinadas expectativas especiales.

c) Esta forma de garantía del Derecho se lleva a cabo sobre todo «a través de expectativas de consecuencias externas específicas»[31], tales como, por ejemplo, sanciones, coacción y violencia por parte de la autoridad estatal.

3. Además, la *tesis del carácter coactivo del Derecho*, falsamente atribuida a Weber, *no toma en cuenta el estado de la*

---

[28] Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, loc. cit., pág. 18,

[29] *Ibíd*., pág. 17.

[30] *Ibíd*., pág. 17.

[31] *Ibíd*., pág. 17.

investigación actual sobre Max Weber. Esta es mi objeción crítica básica. En efecto, los «fundamentos» de la teoría y la sociología del Derecho de Weber no se encuentran en *Economía y sociedad* y por tanto tampoco en su «Sociología del Derecho»[32] que es una parte de esta obra[33], sino en su famosa crítica a la teoría stammleriana del Derecho y la filosofía del Derecho del año 1907 que ya contiene el germen de la fundamentación de su teoría sociológica de las normas[34].

a) En esta investigación, Weber concibe -desde el punto de vista del lenguaje del Derecho- a la «norma» y a la «regla jurídica» vivida, es decir, traducida en comportamiento humano, como *elementos estructurales de una convivencia social regulada institucionalmente*. Esto lo muestra en una comparación de las reglas jurídicas con las reglas de un juego tomando como ejemplo el «Skat» (especie de tresillo, N. del T.), tal como lo he expuesto en otro trabajo[35].

b) Tal como lo demuestra Weber a través de su *comparación entre las reglas del juego y las reglas jurídicas* tomando el «paradigma del Skat», las reglas del juego -al igual que las del Derecho- constituyen un *sistema de puntos de vista de orientación establecido institucionalmente con carácter de permanencia*, que estructura el campo de acción de los jugadores. Esto permite considerar el cumplimiento y la aplicación de las reglas del juego como «presupuestos»[36] de un juego concreto, sin que con ello se diga nada acerca de su desarrollo y resultado reales.

c) Efectivamente, todas las reglas del juego social (incluyendo las del Derecho) permiten *formular suposiciones* acerca de la forma de jugar de los jugadores con mayor seguridad que en el

---

[32] Max Weber, *Wirtschaf und Gesellschaft*, segundo medio tomo, cap. VII, §§ 1-8, págs. 387 ss.

[33] Por consiguiente, la teoría de las normas (incluyendo las del Derecho) de la que se hablará en lo que sigue, no está contenida o no lo está íntegramente en la «sociología del Derecho», de Max Weber.

[34] Max Weber, «R. Stammler 'Überwindung' der materialischen Geschichtsauffassung», en, del mismo autor, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tubinga, 4.ª edición, 1973, págs. 291-359, 322 s., 343 ss. Para más detalles al respecto, cfr. Krawietz, «Verhältnis von Macht und Recht in staatlich organisierten Rechtssystemen», pág. 227 s.

[35] Werner Krawietz, «Zur Korrelation von Rachtsfrage und Tatfrage», en Norbert Achterberg (comp.), *Rechtsprechungslehre. Internationales Symposium Münster 1984*, Colonia, 1986, págs. 517-550, 529 ss., 547 ss.

[36] Weber, «R. Stammlers 'Überwindung' der materalistischen Geschichtsauffassung», pág. 337 s., 339 s.

caso en que no existieran estas reglas, ya que también las actividades de los jugadores están sometidas a estas premisas normativas («expectativas»)[37]. Por lo tanto, al igual que en el caso de las reglas del juego, puede considerarse que la *función* decisiva de todas las *reglas jurídicas* socialmente establecidas e institucionalizadas consiste en que cada cual «puede orientar su propio comportamiento a través de las *expectativas* inequívocas creadas por ellas»[38]. Así pues, tampoco aquí el elemento estructural decisivo de la regla jurídica es la amenaza de la sanción o la coacción, sino la «expectativa» normativa directamente expresada en la prescripción jurídica y con respecto a la cual se puede suponer que para el jugador, es decir, para el destinatario de la norma jurídica, es obligatoria, o sea, que debe cumplirla.

2. *Theodor Geiger*

En contra de una opinión muy difundida, compartida también por Raiser[39], y Röhl[40], *tampoco* Theodor Geiger puede ser entendido como representante de la *teoría de la coacción y la sanción*, a pesar de que recientemente Dreier[41] quiere ver en él hasta un representante del *concepto estatista del Derecho*.

1. En su *definición normativo-realista del concepto del Derecho*, Geiger parte de la distinción -dominante en el pensamiento jurídico-sociológico alemán desde Ihering y Max Weber- entre las «*proposiciones* normativas» (normas escritas, normas orales) y la «norma subsistente»[42] que subyace al comportamiento humano y está por así decirlo «ínsita» en él. Esta es, según él, la «norma en sentido propiamente dicho».

a) En todos los casos, la *proposición normativa* contiene una «expectativa exigente», determinada situacionalmente, que -sostenida y apoyada por el respectivo «grupo portador del orden»- se dirige a la «conducta» de los respectivos destinatarios de la

---

[37] Max Weber, «Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie» (1913), en, del mismo autor, *Gesammelte Ausütze zur Wissenschaftslehre*, editados por Johannes Winckelmann, Tubinga, 4.ª edición, 1973, págs. 427-474, 439 ss., 442 ss.

[38] *Ibíd*., págs. 440, 473 s. Subrayado de la cita de W. K.

[39] Raiser, *Rechtssoziologie*, págs. 99 ss., 231.

[40] Röhl, *Rechtssoziologie*, pág. 99 ss., 231.

[41] Dreier, *NJW*, 1986, pág. 890.

[42] Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 2.ª edición, Neuwied, 1970, págs. 58, 64 s.

norma. Por tanto, a todo «orden» social (incluyendo el del derecho como una «coordinación de conductas de tipo especial»)[43] subyacen determinadas *expectativas* de comportamiento tipificantes[44].

b) Así pues, para la comprensión de la teoría de las normas de Geiger lo primordialmente relevante *no es la disposición a la reacción colectiva (organizada)* (sanción, coacción), sino el concepto de *expectativa normativa* («expectativa exigente», «expectativa de conducta»)[45] que en su teoría de las normas, especialmente las jurídicas, tiene una importancia central.

c) Esto se expresa también en la distinción de Geiger entre «norma de acción» y «norma de reacción» (o: norma «primaria» y «secundaria») que pueden pero no tienen por qué ser «conectadas» recíprocamente[46]. Como comparación, puede aquí recordarse a Kant para quien «derecho y competencia para coaccionar... (significan) lo mismo»[47], mientras que Geiger, correctamente, supone la *conexión entre dos normas jurídicas*.

2. Pero, con esta fundamentación teórico-normativa desaparecen también los presupuestos para el supuesto *estatismo* de Geiger. Ciertamente, según él, el «control del orden» es un elemento esencial de todo el «mecanismo del orden». Sin embargo, en primera línea *no* se trata aquí del apoyo *por parte del Estado* al orden socialmente establecido sino de una *forma de autocontrol* social de la vida social del grupo a través del propio «grupo portador del orden», es decir, a través del respectivo «integrado» o, como diríamos hoy, del respectivo sistema social[48]. Geiger reconoce, por cierto, también una «vinculación con el "Estado"»[49], pero en este caso se trata de un *apoyo y garantía adicionales* al orden jurídico de la vida ya establecido.

3. En contra de lo sostenido por una concepción actualmente muy difundida pero incorrecta, cabe afirmar que en la teoría y en la sociología del Derecho alemanas, a más tardar desde Ihering[50] y Max Weber hasta Theodor Geiger y Schelsky[51], ni la

---

[43] Geiger, *op. cit.*, págs. 48 s., 94 ss., 125 s.

[44] *Ibíd.*, págs. 49 s.

[45] *Ibíd.*, págs. 49, 65.

[46] *Ibíd.*, pág. 145.

[47] Kant *WW*, IV, págs. 339 s.

[48] Geiger, *Vorstudien*, págs. 58, 64 s.

[49] *Ibíd.*, págs. 127 s.

[50] Con razón críticamente frente a la concepción que trataba de reducir el concepto de Derecho a la «posibilidad de la coacción garantizada por la ley», ya Rudolph von Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen*

coacción ni la sanción son consideradas como elementos estructurales del Derecho. Se trata aquí más bien de meros *fenómenos secundarios de la obediencia*, mejor dicho, desobediencia del Derecho.

3. *Niklas Luhmann*

En su *teoría del sistema jurídico*, Luhmann rechaza expresamente -y sobre este punto no necesito extenderme- todo intento de considerar a la coacción o a la «característica de coaccionabilidad» como criterio del concepto del Derecho. Se niega, sobre todo, a definir al Derecho «a través del medio de la violencia física» o, más exactamente, «a través de la aplicabilidad legítima (reconocida socialmente) de la violencia física en caso de violaciones de la norma»[52]. Consecuentemente se niega también a «definir el concepto de norma a través de la disposición a imponer sanciones en casos de desilusión»[53].

1. Por tanto, para Luhmann, al igual que para Weber, Geiger y Schelsky, el derecho «no es en modo alguno primariamente un orden coactivo, sino un medio para *facilitar expectativas*» que, con la ayuda de las reglas del Derecho («selección de *expectativas de comportamiento*») es establecido institucionalmente con carácter de permanencia y funciona como una «estructura de los sistemas sociales» más o menos generalizada[54].

2. Sobre el trasfondo de esta interpretación secundaria de Weber y Geiger se ve claramente por qué en la conocida *definición*

---

seiner Entwicklung, parte III, 1 (1865), citado de acuerdo con la 9.ª edición, reimpresión Aalen 1968, págs. 327 s. La lanza dirigida en contra de «Kant y su escuela» en el sentido de que no habrían ido «más allá de la forma externa de presentación del Derecho, la coacción», *ibíd*., págs. 328 s., parece estar justificada ya que con razón Ihering considera que la esencia de la norma jurídica no consiste «en su mera formulación sino en su cumplimiento». Según Ihering, las meras «ideas del Derecho» se convierten en «Derecho» como un «poder que conforma y domina la vida», sólo «a través de la realización constante e ininterrumpida». Igualmente: August Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, págs. 1 s.: «La coacción no es un elemento esencial del concepto del Derecho.»

[51] Invocando a Ihering y a Max Weber, esto lo subraya Helmut Sehelsky, «Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie», en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1 (1970), págs. 37-89, 51 ss., 66 ss., 75 s.

[52] Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, Reinbek, 1972, págs, 107 s., 219 ss.

[53] *Ibíd*., págs. 60 s.

[54] *Ibíd*., págs. 99 s. Subrayado de W. K.

del Derecho de Luhmann no aparecen la coacción ni la sanción como así tampoco la coaccionabilidad a través del equipo judicial estatal. En cambio, otorga importancia central al concepto de *expectativa normativa* cuando dice: «Podemos ahora definir al Derecho como *estructura de un sistema social basado en una congruente generalización de las expectativas normativas de comportamiento*.»[55] Su definición muestra en cuán gran medida la teoría de las normas de Luhmann responde a la tradición de pensamiento de la teoría y la sociología del Derecho alemanas.

Llegamos con esto al *resultado provisional* de que por lo que respecta al concepto sociológico del Derecho -al menos en la teoría y en la sociología del Derecho alemanas- desde Ihering, Max Weber y Geiger hasta Scheisky y Luhmann, se considera que el *aporte principal de todas las instituciones jurídicas reside en la creación normativa de expectativas*. Así pues, ni el reconocimiento, ni la coacción ni la sanción ni la existencia de un equipo judicial constituyen el *elemento estructural decisivo de la norma jurídica, sino una expectativa expresiva (prescriptiva)* seleccionada por la norma jurídica, establecida con carácter de permanencia y eficacia. Si no me equivoco, esta concepción coincide en sus resultados con el prescriptivismo de la concepción de las normas de Georg Henrik von Wright[56] y con el expresivismo de la teoría de las normas de Alchourrón-Bulygin[57].

El *concepto* de la *expectativa* normativa formulada en el lenguaje jurídico se convierte así en una categoría central de la teoría y la sociología del Derecho. Sin embargo, de acuerdo con la concepción del Derecho aquí sostenida[58] -y justamente aquí reside la diferencia con la teoría de las normas de Alchourrón-Bulygin y Von Wright, que colocan en primer plano el carácter

---

[55] *Ibíd*., pág. 105.

[56] Cfr. al respecto, sobre todo Georg Henrik von Wright, *Norm und Handlung*, Königstein, 1979, págs. 18 ss., 23 ss., con una visión general de los significados principales, especies y tipos de normas.

[57] Para mayor detalle, cfr. Carlos E. Alchourrón/Eugenio Bulygin, «Expressive versus hyletische Konzeption der Normen?», en Werner Krawietz/-Walter Ott (comps.), *Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart*, Berlín, 1987, págs. 143-172, 145.

[58] Werner Krawietz, «Die Normentheorie Helmut Schelsky als Form eines Neuen Institutionalismus im Rechtsdenken der Gegenwart», en Horst Baier (comp.), *Helmut Scheisky -ein Soziologie in der Bundesrepublik*, Stuttgart, 1986, págs. 114-148; del mismo autor, «Rechtssystem als Institution? über die Grundlagen von Helmut Schelskys sinnkritischer Institutionentheorie», en *Rechtstheorie Beihelft, 6* (1984), págs. 209-243.

lingüístico de la norma jurídica y del orden jurídico- todas las expectativas normativas expresadas en el lenguaje jurídico resultan estar decididamente determinadas socio-estructuralmente y acuñadas por las instituciones, las organizaciones y los sistemas sociales. Desde el punto de vista del nuevo institucionalismo de la teoría de los sistemas del Derecho que yo sostengo, sólo es posible un adecuado *acceso a la estructura de expectativa normativa del Derecho* si se concibe al Derecho como incluido en las diversas formas de la vida social. La regularidad del comportamiento humano, especialmente de los actos jurídicos, no se pone de manifiesto si -de acuerdo con un positivismo jurídico que desgraciadamente hasta el día de hoy ha seguido signando y determinando el positivismo jurídico institucionalista- se intenta limitar y reducir el conocimiento del Derecho a las proposiciones independizadas (proposiciones normativas) y su significado. Ello es sólo posible si se concibe la regulación jurídica como resultado de actividades normativas continuadas, con cuya ayuda el orden jurídico se autoproduce y reproduce.

III. *¿Monismo o pluralismo del sistema de reglas sociales del Derecho?*

1. Hasta ahora ha quedado pendiente la cuestión de saber en qué consiste el aporte de la *teoría y la sociología del Derecho* alemanas que -desde Ihering, Max Weber y Theodor Geiger-se ha desarrollado tan rápidamente en nuestro siglo, sobre todo en los decenios después de la segunda guerra mundial. Pienso aquí especialmente en las teorías del Derecho dese comienzos de los años 60, en la teoría de las instituciones y de los sistemas de Schelsky y Luhmann, que se ha desarrollado de una manera extraordinariamente rápida y que hasta el día de hoy ejerce una influencia considerable en el contexto internacional[59].

a) Los aportes de la teoría de las instituciones y de los sistemas residen, por una parte, en su potencial *crítico*[60], que beneficia,

[59] Para mayor detalle, cfr. Werner Krawietz, «Paradigms, positions and prospects of rationality - The changing foundation of law in institutional and systems theory», en Anders Bratholm y otros (comps.), *Samfunn-Rett -Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70 -Arsdag*, Oslo, 1986, págs. 452-465, 456 ss., 460 s.

[60] Cfr. Werner Krawietz, «Begründung des Rechts -anthropologisch betrachtet: zur Institutionentheorie von Weinberger und Schelsky», en *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburstag*, Berlín, 1984,

sobre todo, la crítica a las tradicionales teorías de las normas, desde la teoría del mandato y la teoría imperativa hasta las diversas teorías del reconocimiento.

b) La *teoría de las instituciones y los sistemas*[61] al partir de la suposición de que el Derecho -desde el punto de vista de su génesis- surge en las instituciones sociales y en las otras organizaciones sociales, por ejemplo, en la propiedad, la familia y otros sistemas de acciones más o menos burocratizados, como los sindicatos, iglesias, etc., logra demostrar que la concepción tradicional de un *monopolio* estatal -o también de sólo una *prerrogativa* estatal para la producción del Derecho- necesita ser corregida.

c) Sobre este trasfondo, tiene que parecer totalmente equivocado un *concepto del Derecho puramente estatal*, según el cual todo Derecho es Derecho estatal. La teoría de las instituciones y los sistemas, al sustituir las concepciones difusas de «sociedad» por una *red de relaciones sociales*, tendida entre todos los individuos, las instituciones, grupos y organizaciones sociales hasta las burocracias de decisión estatales, inter y supraestatales, puede concebir las *normas* jurídicas, es decir, el *orden* jurídico en su totalidad, como elementos y partes constitutivas de las respectivas *estructuras sociales de expectativas* que, a través de los medios del Derecho, son establecidas en la convivencia humana[62].

2. Sólo porque la *teoría* de las instituciones y los sistemas concibe a los aportes de orden del respectivo Derecho vigente

---

págs. 541-556, 551 ss. Cfr. además, *Recht und Institution. Helmut Schelsky -Gedächtnissymposion 1985*, editado por la Rechtswis-senschaftliche Fakultät der Universität Münster, Berlín, 1985; Krawietz, «Recht und moderne Systemtheorie», en *Rechtstheorie Beiheft, 10* (1986), págs. 281-309, 305 ss.

[61] Frente al aquí propuesto enfoque conceptual de integración de las teorías de las instituciones y los sistemas, Jürgen Habermas -en el fondo con razón- ha objetado verbalmente que quizás de esta manera la teoría de los sistemas sociales de Luhmann es colocada en una relación demasiado estrecha y por lo tanto objetivamente no adecuada con la teoría de las instituciones. Pienso que esta objeción debe ser tomada en cuenta pero no es decisiva, ya que la teoría sociológica del derecho de Luhmann, especialmente su «teoría del sistema jurídico», se basa fundamentalmente en una teoría de la institucionalización. Cfr. al respecto, Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 2.ª edición, Opladen, 1980, págs. 64 ss., 73 ss., 94 ss. Además, de esta manera, se posibilita, al mismo tiempo, una consideración crítica del positivismo jurídico institucionalista.

[62] Para mayor detalle, cfr. Werner Krawietz, «Identität oder Einheit des Rechtssystems?», en Mitsukuni Yasaki y otros (comps.), *Japanisches und europäisches Rechtsdenken -Versuch einer Synthese philosophischer Grundlagen*, Berlín, 1985, págs. 233-277, 257 s., 259 ss.

como distribuidos en *determinadas* instituciones, sistemas y organizaciones sociales que actúan respectivamente como sistemas sociales y *concretos* de acción -por ejemplo, como una empresa tal como Mercedes Benz, como un centro universitario (con su organización interna) o como una administración municipal con su burocracia para la toma de decisiones- puede explicar *cómo* en la sociedad moderna, *es posible el orden del Derecho*[63].

a) Las dimensiones de esta problemática jurídica del orden se ponen de manifiesto si uno toma en cuenta que en la actualidad, tan sólo en Europa, viven 492 millones de personas, de los cuales unos 60 millones en la República Federal de Alemania y otros 321 millones en los doce países miembros de la CE, cuyas relaciones sociales son estructuradas y guiadas dentro del marco de los *sistemas jurídicos estatalmente organizados* y competentes en cada caso, a través de los medios del Derecho respectivamente vigente.

b) Prescindo aquí del hecho de que con respecto a los sistemas jurídicos -en lo esencial estatales- que aquí están implicados, existen también actividades que superan sus límites y que están sometidas a una regulación a través de los medios del Derecho comunitario o del Derecho internacional. La tarea de regular a través del Derecho una cantidad tan inmensa de interacciones reales-posibles constituye una pesada sobrecarga para todo sistema jurídico,

3. Bajo estos presupuestos -aquí tan sólo esbozados- me parece que, para una *concepción de la teoría de las normas* de una teoría de las instituciones y los sistemas, es casi inevitable renunciar a una concepción puramente monista (estatista) del Derecho.

a) Habitualmente, en la teoría y la sociología del Derecho, se entiende por monismo, es decir, por un concepto monista del Derecho, la concepción según la cual el Derecho, *per definitionem*, tiene que ser entendido *sólo como Derecho estatal* y por consiguiente, sólo el Derecho impuesto por el Estado, o de alguna manera derivable de él, merece este nombre.

b) De acuerdo con ello, algunos sociólogos del Derecho, por ejemplo Röhl, sostiene la concepción de que «no puede hablarse de conocimiento ya que sólo (se trataría, W. K.) de una cuestión de definición»[64]. Ciertamente esto no es correcto.

---

[63] Krawietz, «Recht und moderne Systemtheorie», págs, 283 ss., 291 ss., 284 y siguientes.

[64] Röhl, *Rechtssoziologie*, pág. 218.

c) Un análisis de la realidad social de sistemas de reglas jurídicas concretamente existentes, que pueden ser *identificadas* como tales porque a través de la formación social de sistemas con medios del Derecho, las actividades interhumanas son efectivamente *esperables* y por tanto *calculables*[65], puede mostrar muy rápidamente que existe una pluralidad de formaciones sociales de sistemas que -en el mejor de los casos- puede ser regulada y conducida *sólo parcialmente* a través del *Derecho estatal*. En esta medida, puede demostrarse que existe (1) *no sólo un Derecho estatal*, sino (2) un *Derecho social*, cuya existencia, cualquiera que pueda ser la forma como sea interpretada comprensiva o empíricamente, sólo puede ser tomada en cuenta a través de un concepto *pluralista*[66], del Derecho.

IV. *¿Jerarquía o heterarquía de los sistemas sociales de reglas del Derecho?*

1. Un concepto sociológico del Derecho no puede concentrarse exclusivamente en el Estado y su Derecho como el médium del comportamiento político[67]. En la teoría y en la sociología del Derecho hay que trabajar siempre simultáneamente con diversas referencias sistémicas sociales.

a) También en los sistemas jurídicos estatalmente organizados de la sociedad moderna hay que tener en cuenta la posibilidad de que, *junto* con el *Derecho estatal*, exista también un Derecho no estatal, es decir, un *Derecho* genuinamente *social*. Esto significa también que la teoría y la sociología del Derecho -prescindiendo de los sistemas jurídicos estatalmente organizados y de sus mecanismos político-jurídicos de decisión- tendrán que dedicar en el futuro más atención que hasta ahora a las *fuerzas sociales que constituyen la comunidad y actúan autorreguladoramente*.

b) Existen también sociedades que no conocen en absoluto un Estado burocratizado en sentido moderno[68], pero que, sin embargo, poseen un orden jurídico.

---

[65] Krawietz, «Normentheorie Helmut Schelskys», págs. 138 s.

[66] Cfr. al respecto, Peter Sack/Elizabeth Minchin (comps.). *Legal Pluralism*, Camberra, 1986.

[67] Cfr. una opinión diferente en Röhl, *Rechtssoziologie*, págs. 220 s.

[68] Al respecto, Peter Sack, «Legal Pluralism»,en, del mismo autor/Minchin (comps.), *Legal Pluralism*, Camberra, 1986, págs. 1-16, 5 ss.

c) De lo que se trata -al menos en el campo de la teoría del Derecho y la sociedad- es nada más y nada menos que del *abandono de un concepto positivistamente reducido del Derecho*. Un concepto sociológico del Derecho requiere su ampliación a través de la concepción de que todo Derecho no es primordialmente un *producto de la decisión del equipo judicial*, sino, sobre todo, un *orden vivido*, es decir, realmente vigente, normativamente eficaz, *de la experiencia vital y del comportamiento de las personas*, cuyas *estructuras de expectativas* institucionalmente establecidas con carácter de permanencia y su distribución de derechos y deberes dependen y seguirán dependiendo de la formación social de sistemas.

2. En el sistema jurídico estatalmente (e interestatalmente) organizado de la sociedad moderna no existe -tal como lo puede demostrar la interpretación de la teoría de los sistemas- ni una *cúspide* ni un *centro* desde el cual pudiera llevarse a cabo una conducción central intrasistémica[69].

a) Una *conducción central* tal como en estructuras de dominación anteriores -por ejemplo, por el monarca en la cúspide de una comunidad: un zar, un emperador, un déspota, etc.- quizá pudo ser practicada -a pesar de que también esta posibilidad tiene que ser considerada con escepticismo debido a sus presupuestos y limitaciones inmanentes-, está prácticamente excluida en el *sistema jurídico moderno, organizado de acuerdo con el principio de la división del trabajo*, con sus órganos de decisión funcionalmente diferenciados (legislación, gobierno, administración, poder judicial). Está ya excluida por el hecho de que las diferentes partes y subsistemas son aprehensibles y controlables sólo limitadamente, es decir, son hasta cierto punto «black boxes».

b) Ciertamente es posible, a través de la organización intrasistémica, establecer una *jerarquía* de diversos niveles de decisión (constitucional, legislativo, ordenanzas jurídicas, etc.) y de portadores de decisión (poder legislativo, ejecutivo, judicial, federación, Estados federados, municipios), pero estas *autojerarquizaciones del sistema jurídico* no logran impedir que en todos los niveles de decisión influyan en las decisiones también fuerzas de la *autoconducción* a través de los diferentes sistemas parciales y los subsistemas[70].

---

[69] Werner Krawietz, *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden, 1984, págs. 136 ss., 140 s.

[70] Krawietz, op. cit., págs. 117 s., 131 s., 150 ss.

c) Por ello, la conducción y el control de toda la sociedad con los medios del Derecho *no* pueden ser ya considerados como un *sistema monocentrista, jerárquicamente organizado, de varios niveles*, de organismos de decisión recíprocamente independientes. La vida social, en todas sus formas de vida, tiene, por lo menos, que ser evaluada también bajo el aspecto de una real-posible *heterarquía de decisores y organismos de decisión autónomos*.

3. Por último, desde el punto de vista del Derecho social y de un concepto sociológico del Derecho, tal como el sugerido por las investigaciones de la teoría de las instituciones y los sistemas, hay que señalar que los *sistemas sociales* -entendidos aquí en el sentido de sociedades regionales (por ejemplo, la sociedad germano occidental) que son respectivamente conducidas por sistemas jurídicos estatalmente organizados- en lo esencial *no* están construidos *jerárquica sino heterárquicamente*.

a) Por lo que respecta a la *coordinación* de estos desarrollos divergentes, hay que abandonar la idea de pretender ordenarlos jerárquicamente a todos, por ejemplo, dentro de una nueva organización intra-sistema que habría que crear.

b) Tales contextos sistémicos amplios no pueden -si es que han de seguir siendo *susceptibles de aplicación y desarrollo*- ser ordenados jerárquicamente, sino que deben ser confiados a la *heterarquía de las fluctuantes relaciones inter-sistema*, que prácticamente excluyen una conducción y control plenos realizados, por así decirlo, desde arriba hacia abajo.

V. *Resultado y conclusiones*

De las aquí realizadas *reinterpretación y reformulación* del *concepto del Derecho* sostenido en la teoría y la sociología del Derecho desde Ihering, resulta una serie de *consecuencias* que en este trabajo pueden tan sólo ser esbozadas:

1) En la jurisprudencia no puede continuarse con la *apología de una comprensión positivista del Derecho*, tal como la expresada por los actuales partidarios de la teoría de la coacción y la sanción o de la teoría del reconocimiento del Derecho. A más tardar desde Ihering, la jurisprudencia dispone de un concepto del Derecho, fundamentado sociológica y filosóficamente y ya

no positivista[71]. Posee, pues, una perspectiva del problema que ya no trata de separar al Derecho, con todos sus condicionamientos histórico-sociales, de los contextos institucionales, organizativos y sistémicos. Por el contrario, lo considera normativa-realistamente, en su estructura y sus funciones.

2. A diferencia de lo que sostiene una opinión muy difundida, puede afirmarse que desde Ihering y Max Weber los enfoques clásicos de la teoría y la sociología del Derecho alemanas *no* están totalmente determinados y acuñados por el llamado *carácter imperativo y coactivo* del Derecho, según el cual todo Derecho está esencialmente caracterizado por la sanción o la coacción con las que en *caso necesario*, pueden ser *impuestas* sus prescripciones. *La decisión de conflictos y la aplicación del poder coactivo tienen que ser fáctica y conceptualmente separados*.

3. Por tanto, de la aquí presentada crítica a la teoría de la coacción o sanción y a la teoría del reconocimiento[72] del Derecho *no* se sigue que los aspectos de la sanción y del reconocimiento (aceptación) carezcan de relevancia práctica en la realidad social del Derecho. Justamente lo contrario es el caso. Lo que me importa en el presente contexto es poner claramente de manifiesto -desde el punto de vista de una consideración realista-normativa, sobre todo desde la perspectiva de la teoría de las instituciones y los sistemas- que el aspecto de la coacción, de la sanción y del reconocimiento o aceptación del Derecho, *no* pertenecen a los *elementos estructurales del Derecho, es decir, del orden jurídico*.

4. Tampoco basta referir el concepto de Derecho *exclusivamente* al Estado, ya que el Derecho *estatal* -desde el punto de

---

[71] La concepción opuesta sostenida por Karl Olivecrona, «Iherings Rechtspositivismus im Lichte der heutige Wissenschaft», Frans Wieacker/Christian Wollschläger (comps.), *Iherings Erbe*, Gotinga, 1970, págs. 165-176, no responde al estado actual de la investigación. Cfr. al respecto, Jan Schröder, «Rudolph von Ihering», en Gerd Kleinheyer/Jan Schröder (comps.), *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, 2.ª edición, Heidelberg, 1983, págs. 132-137, 135, quien con respecto a la «importancia» de Ihering para la teoría jurídica del siglo XIX observa con toda razón: «Al intentar explicar el Derecho a partir de sus fundamentos sociales, rechaza tanto el positivismo jurídico (como limitación a las proposiciones independizadas del Derecho positivo) como todo tipo de iusnaturalismo.»

[72] Tal como lo señalara en su observación verbal Jürgen Habermas, esto es quizás demasiado poco. En mi descargo, deseo hacer referencia a una publicación mía anterior: «Sind Zwang und Anerkennung Strukturelemente der Rechtsnorm?», en Ota Weinberger/Werner Krawietz (comps.), *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, Viena/Nueva York, 1988, págs. 315-369, 327 ss., 339 ss.

vista teórico jurídico y jurídico-sociológico- *no es la única forma posible del Derecho*. Naturalmente, la más arriba propuesta orientación complementaria de la consideración del Derecho hacia las fuentes *sociales* del Derecho no excluye sino que incluye la siempre insoslayable y necesaria orientación hacia las fuentes estatales (formales) del Derecho.

5. Pero, de acuerdo con todo esto -también *teniendo en cuenta siempre las diversas referencias sistémicas*- los *elementos estructurales decisivos de la norma jurídica* no son ni el *reconocimiento* ni la *coacción* ni la *sanción* sino las *expectativas jurídicas* desarrolladas a través de las normas del Derecho respectivamente vigente, con sus efectos constitutivos, expresivos (prescriptivos). Consecuentemente, pasan al centro de la investigación teórico-jurídica y sociológico-jurídica las expectativas normativas de comportamiento que subyacen a todas las formas vitales jurídicas de la formación de la comunidad humana.

6. Por tanto, la función decisiva de todas las reglas jurídicas establecidas e institucionalizadas socialmente de esta manera, en tanto «artefactos» humanos, puede consistir en que cada cual pueda «orientar su propia acción por *expectativas* unívocas y creadas por ellas»[73]. El aporte central de todas las instituciones jurídicas, organizaciones y sistemas sociales reside, pues, en el *nivel de la formación normativa de expectativas*.

7. Por consiguiente, las concepciones mencionadas al comienzo, desde la teoría de la coacción hasta la teoría del reconocimiento -tanto tomadas individualmente como en su conjunto-, son poco adecuadas para proporcionar un *Framework teórico-jurídico* conceptualmente básico que no sólo ofrezca 1) un *marco de significado para el actuar normativamente conducido*, sino 2) que pueda servir, al mismo tiempo, como *marco de referencia para interpretaciones y explicaciones científicas*. Esto podría lograrlo según mi concepción -que aquí no puedo exponer con mayor detalle- una teoría de las instituciones y de los sistemas que conciba a los principios jurídicos y a las reglas jurídicas como elementos normativos de las instituciones y de los sistemas sociales que orientan el actuar humano a través de las expectativas que ellos establecen.

(Trad. de Ernesto Garzón Valdés)

[73] Weber, «Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie», págs. 473 y s. Subrayado de W. K.

LA VIDA Y EL LABORATORIO DEL DERECHO. A PROPÓSITO DE LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL PROCESO PENAL

1. Los artefactos del Derecho y la interpretación de los conflictos en el proceso penal. 2. Los requisitos subjetivos de la imputación de responsabilidad penal. Evolución reciente y crisis del concepto de culpabilidad. 3. El formalismo del proceso y la técnica de limitación de la respuesta represiva a los conflictos. 4. La escuela de la ironía: historia, ciencia social y sabiduría popular. Por una reforma del «sentido» del proceso penal.

1. *Los artefactos del Derecho y la interpretación de los conflictos en el proceso penal*

Hablar del conocimiento de la cosa en sí después de Kant, no es posible. Apartándonos del realismo naturalista, es correcto hablar del objeto del conocimiento como una realidad socialmente construida. También la sociedad, objeto de la ciencia social, es una realidad construida socialmente[1].

Hay una construcción social de la realidad, que se produce en el sentido común, al interior de los procesos de comunicación y de atribución de sentido que constituyen el lenguaje de los grupos sociales (cfr. J. D. Douglas, a cargo de, 1970).

Estos procesos son subjetivos, pero están sujetos a las condiciones determinadas por la estructura material de las relaciones de producción y de poder existentes en determinadas formaciones sociales. En este sentido las construcciones subjetivas del mundo no son arbitrarias; cada elaboración de sentido en la interacción

[1] El reconocimiento de la artificialidad de la realidad social constituye una importante adquisición del pensamiento social contemporáneo en la que han contribuido fundamentalmente, con base en los trabajos precursores desarrollados por A. Schutz (1960, 1967) y G. H. Mead (1936), las investigaciones que representan al llamado paradigma interpretativo en sociología, o la sociología fenomenológica: el interaccionismo simbólico (P. L. Berger, T. Luckmann, 1966) y la etnometodología (H. Garfinke1, 1967).

social, depende en efecto de la participación de los autores en las mismas estructuras llenas de significado (A. V. Cicourel, 1970). Estas, a su vez, corresponden a las estructuras materiales de la sociedad y garantizan su reproducción y legitimación en la esfera subjetiva[2].

Además del lenguaje del sentido común, existen lenguajes específicos de la ciencia y de la técnica, de los que resultan construcciones de la realidad adecuadas a las operaciones prácticas propias de los diferentes subsistemas funcionales del actuar social[3]. También el saber científico y tecnológico se produce y actúa dentro de las condiciones creadas por las relaciones materiales de producción y de poder. El proceso de construcción de la realidad dentro de la interacción informal en los grupos (mundos de vida), y de la organización social («sistema»), no tiene como única fuente las estructuras materiales, pero influye también sobre ellas[4]. La influencia puede ser conservadora (reproducción y legitimación)[5], o innovadora (crítica y liberación)[6]. El Derecho como conjunto de ciencia y técnica es uno de los lenguajes especializados con los que se realiza una construcción particular del mundo. Lo ficticio jurídico, el mundo del Derecho, posee una estructura altamente especializada correspondiente a las operaciones prácticas que el Derecho predispone en los sistemas sociales complejos. Las actividades que él comprende en sus diferentes áreas son: *a)* la organización institucional; *b)* la distribución de los recursos, y *c)* la represión de los conflictos.

---

[2] En este sentido, A. Schutz (1967).

[3] No por caso, al centro de los intereses cognoscitivos de las investigaciones interaccionistas sobre la construcción social de la criminalidad y de la desviación, se colocaban, y en parte se colocan todavía, los lenguajes específicos de la ciencia y de la técnica que operan al interior de los sistemas de justicia penal y de manejo de la desviación, los principios y las reglas a que están sometidos. Cfr., para una amplia bibliografía al respecto, F. Sack (1978).

[4] En general, con relación a estos temas, se hacen hoy los intentos más avanzados, a nivel de la teoría social, de integración de los conocimientos a que han llegado los análisis de la sociología interpretativa al interior de una teoría materialista de la sociedad. Cfr. el importante trabajo de A. Giddens (1984), y para un análisis sectorial sobre el sistema penal que asume tal perspectiva, G. H. Wächter (1984).

[5] Un agudo análisis de las estrategias de producción y reproducción (legitimación) de las relaciones de desigualdad en las sociedades tardocapitalistas, es presentado por N. Poulantzas (1974).

[6] En general, para una teoría práctica de crítica y de transformación de la sociedad, cfr. J. Habermas (1981), E. Bloch (1959) y en particular con relación al sistema de la justicia penal, cfr. T. Mathiesen (1974), A. Baratta (1982, 199 y siguientes).

Las categorías con las cuales puede ser analizada la estructura del mundo del Derecho, tiempo, espacio, causalidad, etc., se diferencian de las homólogas del saber común y de otros saberes especializados (cfr. K. Engisch, 1965).

El elevado grado de artificialidad del mundo jurídico depende de dos circunstancias: la primera es, que el Derecho construye sobre una realidad que es ya producto de construcción social en el lenguaje común. Es decir, él reconstruye la sociedad. La segunda circunstancia es, que el mundo jurídico es construido como una estructura normativa en la que los comportamientos de los sujetos son calificados deónticamente. Puesto que el Derecho, utilizando una metáfora de Emil Lask (1932, 308 y sigs.), fabrica sobre «semifabricados», y por otra parte no tiene por objeto inmediato las acciones, sino programas y modelos de acción, puede ser considerado como un laboratorio en el cual el mundo del ser es transformado en un mundo del deber ser (cfr. A. Carrino, 1983). El resultado es una construcción de segundo grado, producida a través de la reelaboración de la realidad y del significado social de la acción.

La relación de abstracción en la que el Derecho se encuentra respecto de lo real, es frecuentemente interpretada como distancia entre abstracto y concreto. Se considera en estos casos como «concreto», lo vivido, es decir, las situaciones irrepetibles de la existencia: se quiere así subrayar la distancia que se establece entre el drama existencial que los sujetos viven o han vivido en una situación real de la vida y su representación en el teatro del Derecho. Esta distancia se evidencia particularmente en el proceso.

La operación característica del proceso penal es decidir si subsisten las condiciones previstas por el Derecho para disponer una intervención de tipo represivo sobre un conflicto. Concretas situaciones conflictivas encuentran en el proceso penal un laboratorio de transformación *teatral*, en el cual ellas son transcritas en una puesta en escena preordenada y los actores comprometidos en roles estandarizados. A estos actores se agregan, en el teatro procesal, actores «institucionales» ausentes en la situación originaria. Los términos del conflicto se trasladan, más o menos radicalmente, de ésta. La comunicación existencial entre las partes originarias es suspendida por la intervención del juez como nuevo protagonista. Los espectadores inmediatos son sustituidos por la esfera de publicidad del proceso, la opinión pública. Los intereses y las necesidades que confluyen son reconstruidos como derechos y como ilícitos. El drama de la vida es sustituido por una liturgia en la que los actores originales son ampliamente

reemplazados y representados por profesionales del rito. Muchas aseveraciones son sustituidas por ficciones y presunciones. La verdad a la que está predispuesta el rito no es la verdad existencial sino la verdad procesal.

También en relación con esta manera propia del proceso penal de intervenir sobre las situaciones reales, se ha hablado de expropiación de los conflictos por parte de las instituciones estatales respecto de las partes originarias. Se ha visto el máximo grado de tal expropiación en el proceso penal (N. Christie, 1982). Y en realidad, la distancia entre conflicto real y conflicto procesal, es notoriamente aumentada en el procedimiento penal, por la presencia, entre los actores, del representante del Ministerio Público. Su presencia simboliza la transcripción del conflicto en un conflicto de interés público. El interés de la víctima, lesionado por el delito, es sustituido por el interés de la sociedad por la pena el interés de la víctima se traduce en un interés privado, incidental, de resarcimiento y para ello, la víctima dispone de una acción paralela al del Ministerio Público. A esto se agrega, en la mayor parte de los delitos, la incidencia sobre todo el proceso, del principio de legalidad, lo cual hace perseguible de oficio el ilícito penal, activa a la policía y a todo funcionario público en el ejercicio obligatorio de la acción y confía este ejercicio, de modo facultativo, pero sin embargo, independiente de la iniciativa de la víctima, a todo ciudadano.

Se ha hablado mucho en los últimos tiempos, del papel completamente subordinado de la víctima en el proceso penal; de la forma inadecuada como sus intereses reales son representados; de la incidencia negativa y expropiadora del procedimiento sobre la víctima, porque ésta no tiene ningún poder -en la mayoría de los casos- sobre el desarrollo y prosecución del proceso; se han subrayado los efectos destructivos de éste, en relación con la posibilidad de comunicación y conciliación que puedan existir entre las partes originarias[7]. Respecto del autor del delito, se ha

[7] En general, en la criminología y en la ciencia penal, desde hace tiempo es posible encontrar una tendencia a poner al centro de la atención el papel de la víctima de actos criminales, al interior del sistema de la justicia penal, constatando la posición completamente marginal que ella posee en la realidad operativa del sistema; cfr. D. Krauss (1983), G. Kaiser (1985, 109 ss.). Dicha discusión ha tenido en Alemania Federal una salida, aunque parcial, en una reciente ley (ley de protección de la víctima del 3 de octubre de 1986, en vigencia desde el 10 de abril de 1987) que refuerza notablemente la posición de la víctima al interior del proceso penal aumentando considerablemente sus facultades de intervenir activamente en la fase del desarrollo del procedimiento, previendo una tutela mayor a su esfera personal y resaltando el principio de reparación del

destacado la gran distancia que puede mediar, también desde el punto de vista temporal, entre el autor implicado en el conflicto real y el procesado o el condenado, en el papel que el proceso le asigna. La pena ha sido juzgada como un sufrimiento inútil e innecesario, impuesto a un hombre que es «otro» en relación con el que ha cometido el delito. Por otra parte, el proceso penal y la pena, tiene no raramente, la cualidad de desvanecer cualquier posibilidad de recuperación y reparación, que en una relación extrapenal se hubiera podido realizar por parte del condenado.

En la determinación de la responsabilidad en el proceso penal, la distancia entre la realidad y la construcción hecha en el laboratorio del Derecho se vuelve muy extensa. Muy grande se presenta la diferencia entre la investigación extraprocesal de la verdad y la investigación de la verdad procesal. Hablando de «realidad» y de «verdad», no se quiere contraponer a la determinación de la responsabilidad en el proceso, un conocimiento entendido naturalísticamente. Se quiere más bien señalar la diferencia entre una manera más profunda de construir y de interpretar los conflictos en su contexto situacional y la del Derecho. La ciencia social estudia los conflictos al interior de un concepto amplio de *situación* que abarca potencialmente a todo el sistema social.

Dentro de este concepto, el comportamiento individual se presenta como una *variable dependiente*. Esto significa que no podemos comprender la situación partiendo del comportamiento individual; por el contrario, podemos comprender a éste sólo partiendo de aquélla. La ciencia social permite además distinguir entre el lugar donde se ha presentado un conflicto y el lugar, en el sistema, en que el conflicto se origina, que puede ser muy remoto respecto de aquél[8].

Por el contrario, en el laboratorio del Derecho, el comportamiento individual se presenta como una variable independiente respecto de la situación. La determinación de la responsabilidad, está en efecto subordinada a esa independencia y al grado de ésa. El análisis de la situación, en la lógica del proceso de verificación de la responsabilidad, debe limitarse a una construcción abstracta que la separa del contexto social y hace imposible o de todas formas irrelevante, el conocimiento de las raíces del conflicto.

---

daño. Al respecto, véanse las valoraciones (también críticas en relación con el peligro de una pérdida de las garantías de la defensa y la escasa coherencia de la intervención legislativa) desarrolladas sobre la base del proyecto legislativo por B. Schünemann (1986), H. Jung (1987).

[8] Sobre el tema, cfr. las observaciones de N. Luhmann (1974, 42 s.)

Por eso se ha dicho, que en la realidad procesal el comportamiento del individuo se vuelve *incomprensible* y el conocimiento de los conflictos, se reduce al conocimiento de su sintomatología. En el proceso penal, por tanto, los conflictos no pueden ser arreglados o resueltos, sino únicamente reprimidos; es decir, en él se reprime su expresión inmediata e individual: la acción delictuosa.

2. *Los requisitos subjetivos de la imputación de responsabilidad penal. Evolución reciente y crisis del concepto de culpabilidad*

Una buena parte de la crítica se ha dirigido al contenido del concepto de responsabilidad penal y al de sus requisitos subjetivos: la imputabilidad y la culpabilidad. Partiendo de una correcta teoría de lo ficticio jurídico, se ha negado el carácter ontológico de estos conceptos y se ha reconocido su carácter meramente normativo. Los juicios relacionados con la responsabilidad, la imputabilidad y la culpabilidad, han sido de tal manera, reconocidos como juicios «atributivos» y no como descriptivos (H. L. Hart, 1951); se quiere de tal forma indicar que, con el uso de estos juicios, no se describen cualidades existentes en un sujeto, sino que se le atribuyen a él las correspondientes cualidades. La determinación de la responsabilidad es por tanto, una *imputación* de responsabilidad y los presupuestos de tal determinación, son criterios normativos construidos por el Derecho, que corresponden a no hechos, sino a tipos de hecho (figuras delictivas). Estas condicionan normativamente y no «ontológicamente» la imputación de responsabilidad. Dentro de una sociología del proceso que utiliza el paradigma interpretativo, la «normativización» de los criterios de determinación y valoración de la responsabilidad, se ha extendido no sólo a la culpabilidad e imputabilidad, sino también a otras características del comportamiento del sujeto como los móviles y la actitud moral (Gesinnung)[9]. Todas las características sobre las cuales se basa la motivación de la sentencia de condena se revelan entonces como cualidades *atribuidas* al sujeto; mientras las variables *latentes* de la decisión judicial que no hallan correspondencia en la sentencia y su motivación, son reportadas, en la mas rigurosa investigación sociológica

[9] Sobre los procesos de atribución de motivos y las funciones que ellas cumplen en el contexto de la interacción cotidiana, cfr. C. W. Mills (1940), A. F. Blum, P. McHug (1971), H. Kelly (1971). En particular en relación con el proceso de determinación de la responsabilidad penal, G. Bierbrauer (1978).

sobre el proceso penal, al *status* social del procesado y a los estereotipos de criminal y criminalidad de los que son portadores los órganos de la justicia penal, como también la opinión pública[10].

El proceso de «normativización» que ha alcanzado en la teoría del Derecho y en la sociología del proceso, al concepto de responsabilidad y sus criterios de determinación, encuentra correspondencia en los desarrollos de la doctrina de la responsabilidad penal de los últimos tiempos y en particular en el de la culpabilidad.

Ya a comienzos de siglo con el advenimiento de la llamada teoría normativa de la culpabilidad (R. Frank, 1907), el juicio de culpabilidad, tendía a desvincularse de la verificación de ciertos ingredientes sicológicos de la acción y se centralizaba sobre la *reprochabilidad* de ésta. Por mucho tiempo sin embargo, el juicio de reprochabilidad permanecía atado a un fundamento ontológico que estaría constituido por la posibilidad, rechazada por el autor de un delito, de comportarse de otra manera (Andershandelnkönen); o sea, a la opción descartada por él, de orientar el propio comportamiento según las normas y valores constitutivas del ordenamiento. La estigmatización del comportamiento era entendida entonces como un juicio a la actitud de *infidelidad* del ciudadano en relación con el ordenamiento jurídico (H. Welzel, 1941), actitud verificable sobre el presupuesto de una disponibilidad real de opciones conformes con la ley, del conocimiento de la norma violada y de la exigibilidad del comportamiento acorde con ella.

La radical «normativización» del concepto de culpabilidad, cuyos resultados son evidentes en la doctrina alemana de nuestro tiempo, pasó por diversas fases: *a)* el reconocimiento de la libertad de actuar como un «artificio del legislador» (E. Kohlrausch, 1910); *b)* la demostración de la no judiciabilidad, es decir, de la imposibilidad de determinar judicialmente el pretendido fundamento ontológico del juicio de culpabilidad, el «haber podido

[10] Cfr. la investigación empírica sobre la praxis de la decisión judicial relacionada con la dosificación de la pena y la concesión de atenuantes u otros beneficios, hecha por D. Peters (1973), la cual demuestra que los jueces se orientan por un estereotipo de «criminal normal», cuyos requisitos objetivos y subjetivos coinciden del todo con los que determinan la pertenencia a las clases sociales más débiles (precariedad de la situación laboral, financiera y de vivienda, desorganización familiar, bajo nivel de educación, etc.). A los mismos resultados llegan también las investigaciones sobre la praxis seguida por los órganos del Ministerio Público en las decisiones relacionadas con la iniciación de la acción penal, hecha por E. Blankenburg, K. Sessar, W. Stefen (1978).

actuar diversamente», y de medir el grado de culpabilidad (G. Ellscheid, 1986); *c)* el reconocimiento de la independencia lógica del juicio respecto del pretendido presupuesto ontológico (C. Roxin, 1973, G. Jakobs, 1976).

Este desarrollo doctrinal culmina, en la fase más reciente, en la tendencia a desvincular el juicio de culpabilidad del contenido ético de la reprobación; en la tentativa de construir un concepto de culpabilidad sin estigmatización (G. Ellscheid, W. Hassemer, 1977), y en la perspectiva de una teoría del delito sin culpabilidad (Cfr. M. Baurmann, 1980).

En esta *crisis* de la culpabilidad (Cfr. H. Müller-Dietz, 1967), que alcanza la estructura dogmática de un derecho penal construido por el legislador sobre el principio de culpabilidad, como lo son el derecho penal italiano y alemán, la relación funcional entre este principio y la pena-sufrimiento se modifica: entre la función de fundar la pena-sufrimiento y la de limitar la responsabilidad penal, ésta última en la doctrina más avanzada, tiende a sobreponerse[11].

El «progreso» representado por dicha tendencia es, sin embargo, más aparente que real. Es un progreso de las *buenas intenciones*, o -es lo mismo en este caso- de la *mala conciencia* en relación con el sistema de la justicia penal: sobre el plano objetivo eso no modifica, pero en cierto sentido hace todavía más irracional, la relación funcional entre la imputación de culpabilidad y la suministración de la pena-sufrimiento. En primer lugar, en efecto, no se ve cómo la culpabilidad, de la que no es posible medir *objetivamente* el grado en el proceso, pueda ser un límite de la responsabilidad penal y cumplir una función de garantía a favor del procesado en relación con formas subjetivas, intuitivas y presuntivas de determinación de ella. En segundo lugar, la función limitativa de la culpabilidad en relación con la pena-sufrimiento, técnicamente imposible al estado actual de la construcción dogmática, se transforma en *ideología negativa*, en un elemento (también técnicamente débil) de una estrategia de garantía exclusivamente defensiva. En efecto si se reduce su fundamento

[11] Para una reconstrucción crítica de los recientes desarrollos de la dogmática de la culpabilidad en Alemania y sobre el estado de la categoría de la culpabilidad en el derecho penal «preventivo», u orientado a las consecuencias, cfr. M. Silbernagl (1985; 1987). La doctrina más reciente, que coloca al centro de sus reflexiones jurídico-penales, el problema de las consecuencias de las decisiones, considera justas y por tanto legitimadas sólo las medidas punitivas que corresponden a exigencias de prevención (especial o general); cfr. D. Schunemann, a cargo (1984), W. Hassemer (1986).

en la culpabilidad y de otra parte, las pretendidas funciones útiles, logran cada vez menos, compensar esta pérdida de fundamento en la denominada teoría «absoluta» de la pena, la pena-sufrimiento es aceptada como un dato natural, como un aspecto *inevitable* de la violencia institucional que el Derecho puede sólo limitar dentro de requisitos formales y sustanciales, pero no puede, ni legitimar, ni excluir, como la técnica de la ingeniería puede contener la violencia de las aguas construyendo diques, pero sin cuestionar su existencia.

La pérdida del contenido ontológico y ético de la culpabilidad, de la que existen señales autorizadas en la reciente doctrina penal, los intentos de sustraerle la función estigmatizadora, no son, por tanto, la expresión de una crisis del concepto de culpabilidad, sino de una crisis que abarca toda la teoría de la pena y de la responsabilidad penal. Miremos la pena carcelaria, que sigue siendo la pena principal y característica del sistema punitivo: todos los intentos teóricos y prácticos por justificarla, resaltando las funciones útiles, como la resocialización, se pueden considerar un fracaso. Los esfuerzos que se pueden y se deben hacer (hasta que la acción política y cultural por liberar a la sociedad de la *necesidad* de la cárcel[12], dé sus frutos), sólo pueden introducir elementos de recuperación individual y social más allá y más acá de los muros de la cárcel, en las condiciones negativas impuestas por la pena-sufrimiento, pero no transformar a ésta en un instrumento útil para el individuo y para la comunidad.

Aparece cada vez más evidente que la pena en si misma, y en particular la pena carcelaria, no puede producir efectos útiles, sino que éstos pueden ser perseguidos solamente abriendo espacios de libertad y de interacción con la sociedad externa, cada vez mayores en el régimen penitenciario. Esto puede ser interpretado como el signo de una progresiva separación entre la política de resocialización y de prevención y la pena (cfr. M. Pavarini, 1986; G. Mosconi, 1986). Esta separación hace de la pena, el

[12] «Liberarse de la necesidad de la cárcel», es el nombre y *leit motiv* de acción de una asociación constituida en los últimos años en Italia entre operadores del sistema de la justicia penal, encarcelados, asistentes sociales, políticos, hombres de cultura y de ciencia, que se propone coordinar e impulsar debates e intervenciones operativas sobre la cuestión de la cárcel y promover un amplio movimiento cultural y político por la reducción de la esfera de intervención de la violencia punitiva, con la perspectiva de su eliminación definitiva como respuesta institucional privilegiada a situaciones problemáticas y como instrumento de represión de los conflictos (cfr. Associazione Nazionale «Liberarsi dalla necassita del carcere», 1986).

aspecto puramente negativo del sufrimiento, un límite del que tenemos que alejarnos, para perseguir las finalidades positivas de las políticas citadas. La tendencia a disociar el elemento subjetivo del delito, la culpabilidad, de la estigmatización; a construirlo como límite de la responsabilidad y, por tanto, de la suministración de sufrimiento, antes que justificar la pena, refleja en la ciencia penal más avanzada, la crisis de legitimación que abarca el sistema punitivo.

3. *El formalismo del proceso y la técnica de limitación de la respuesta represiva a los conflictos*

Mientras en la intervención punitiva la suministración de sufrimiento sea la condición real, sin que sea el fin declarado, de la forma que la justicia penal interviene sobre los conflictos, la manera artificial de interpretar y transcribir estos conflictos, propia de aquella institución, será ineliminable y *debe ser* mantenida.

Aislar una acción voluntaria del contexto situacional y del macrocosmos social, así como de la continuidad del microcosmos personal, para concentrar en ella la determinación judicial de la cantidad de sufrimiento que debe ser suministrado a una persona, es una operación inadecuada para una interpretación científica de la realidad de los conflictos; sin embargo, sigue siendo una técnica indispensable para la limitación de la responsabilidad penal.

Esta técnica de limitación se basa en tres principios que representan el punto más avanzado de la construcción de una teoría jurídica del delito en función de la intervención penal mínima y de la máxima garantía para el imputado y para la víctima: *a) el principio de responsabilidad personal* (que excluye la responsabilidad objetiva y colectiva); *b) el principio de la responsabilidad por el hecho* (que excluye los criterios de responsabilidad basados en las características de la persona, como la llamada «peligrosidad»); *c) el principio de la exigibilidad social del comportamiento conforme con la ley* (alrededor del cual giran hoy los intentos de reconstrucción del concepto de culpabilidad en la más avanzada doctrina penal) (cfr. A. Baratta, 1985).

El jurista y el juez que construyen y manejan estos criterios de determinación de la responsabilidad, deberían ser conscientes de la distancia y de la contradicción que subsisten entre el modo de interpretación de la situación conflictiva impuesto por las finalidades limitativas asignadas al proceso penal, y la «realidad» del conflicto que puede ser interpretada en la construcción más

profunda, por parte de la ciencia social. Respecto de la «realidad» del conflicto, la interpretación centrada sobre el acto y no sobre el contexto, se adecua a una respuesta represiva, mas no a una respuesta y preventiva y restitutiva. Sin embargo, mientras la interpretación de los conflictos deba hacerse en un teatro judicial preparado para establecer las condiciones previstas por el Derecho para una respuesta represiva, ni la más evolucionada construcción jurídica, podrá refutar el gran artificio de la justicia, que transforma el acto delictuoso de una variable dependiente, en una variable independiente. Ningún trabajo de construcción jurídica puede pretender hacer *judiciable* lo real para hacer coincidir la verdad procesal con la verdad científica.

Para evitar que la construcción artificial de la realidad en el proceso penal traiga más consecuencias, todavía más negativas sobre la realidad misma, o sea, sobre la existencia del individuo y sobre la sociedad; o al menos para limitar las consecuencias negativas, la única posibilidad es, por el momento, que los actores implicados en el drama procesal, especialmente los juristas, adquieran y desarrollen una conciencia adecuada sobre la distancia que separa el artefacto jurídico de la realidad. Esto presupone una participación personal de los actores, según las respectivas posibilidades de elaboración y de participación, en el otro gran laboratorio de la realidad, aquél en el que se construye el *saber social*.

De esta tesis se derivan consecuencias importantes en relación con la preparación y la experiencia práctica de los actores profesionales, de los juristas directamente implicados en el proceso penal; pero también, más en general, de los que lo son indirectamente, por estar comprometidos en la construcción doctrinal. Recordemos las brillantes reflexiones de dos grandes juristas: Widar Cesarini Sforza, iniciaba su *Filosofía del Derecho* (1958) con las palabras: «No es verdadero y completo jurista el que, aun conociendo con precisión científica el Derecho positivo de un determinado país, no se da cuenta de la abismal distancia entre el Derecho y la vida...» Gustav Radbruch (1973) hablaba de la «mala conciencia» sin la cual no es posible ser un verdadero jurista.

Propongo llamar «opción crítica» a esta actitud que permite vivir la experiencia al interior del sistema de la justicia penal siendo consciente de sus artefactos necesarios, para usarlos en modo tal de limitar los efectos negativos y los costos sociales del sistema. Su contrario podrá ser denominado «opción ideológica». Esta es la actitud de quien pretende poder interpretar «objetivamente» la realidad más allá del sistema, usando los códigos

de interpretación propios de éste. Permanecer en una concepción ontológica de la responsabilidad y de la culpabilidad, como si conflictos y situaciones socialmente negativas pudieran ser explicadas en la realidad partiendo de los actos personales, es la manera como en una buena parte de los juristas, y en modo altamente generalizado en el «sentido común», sigue cumpliéndose la legitimación de la pena-sufrimiento[13]. Un avance hacia cambios profundos del sistema de la justicia penal, puede hacerse con la difusión de la «opción crítica» entre los juristas y la opinión pública, con el crecimiento entre los juristas y en la sociedad que hace uso de la justicia punitiva, de aquella «mala conciencia»de que hablaba Gustav Radbruch. Se trata de un progreso en la formación y en la conciencia profesional de los juristas. En relación con el proceso penal, se trata, antes que de los mejoramientos posibles y necesarios en el Derecho procesal, de una transformación del *sentido* en el que el drama procesal es vivido en la percepción y en la experiencia de los actores implicados.

En la búsqueda de un más alto grado de civilización del proceso, a menudo se ha insistido en la oportunidad de reducir los artefactos del Derecho, de aproximar el proceso a la realidad, a la vida. Pero es fácil por esta vía perseguir ilusiones teóricas e incurrir en graves riesgos en la práctica. A este propósito debe ser subrayado el carácter ideológico de un discurso basado en la contraposición entre artificial y natural, en una civilización en la cual la realidad es construida con intervenciones artificiales. En una sociedad como la nuestra, la idea del «regreso a la naturaleza» puede volverse fácilmente un mito con el cual, antes que afrontarlos, se sustraen los problemas de las transformaciones necesarias para hacer la realidad más humana, o sea para sustituir los *malos* artefactos con *buenos* artefactos.

Los artefactos del Derecho no son menos necesarios para un Derecho más justo y humano, de cuanto no sean operantes en los ordenamientos existentes. Por el contrario, la experiencia nos enseña que muchos de los regímenes más injustos y autoritarios de los últimos tiempos, han estado acompañados de una degeneración (F. Von Hippel, 1955) del ordenamiento jurídico determinado también por la pretensión de superar el formalismo legalista con la introducción de confusas ideologías sustancialistas, en nombre de un pretendido acercamiento de la praxis jurídica

[13] Cfr., con relación a la correspondencia de la concepción dogmática de la culpabilidad con la generalmente dominante en el «sentido común», G. Smaus (1985, 57 ss.).

a la realidad política y a la «sustancia ética» de la nación[14]. Los intentos por superar los artefactos y el formalismo del Derecho, mientras quedan inalterados las relaciones de poder y de sujeción, y permanece el impacto negativo de la violencia punitiva sobre los individuos y sobre la sociedad, no podrán jamás significar un progreso hacia formas más elevadas de civilización del Derecho. Los conocidos inconvenientes de la ocultación de las posibilidades de comunicación dentro de un rito procesal con roles, criterios de argumentación y códigos de verdad predeterminados, pueden fácilmente sustituirse, como efecto de cruzadas antiformalistas, por inconvenientes todavía más graves. Esto se verificaría, por ejemplo, cuando el poder punitivo real, antes que ser circunscrito por el formalismo del rito, fuera confiado a la libre comunicación entre las partes y a la libre búsqueda de la verdad por parte de un juez paternalista.

Con todos sus defectos el formalismo procesal, aplicado a un correcto régimen acusatorio y garantista, tiene la virtud de contener, en lugar de ampliar, la desigualdad de poder entre las partes que intervienen en el proceso penal. El modelo de transformación del proceso desde su interior, que aquí se propone, se basa en el reconocimiento del carácter artificial del mundo del Derecho, pero al mismo tiempo, en la participación ciudadana de los actores y del público en la obra de reforma de los artefactos de la justicia, en perspectivas de un proceso más justo en relación con los derechos del imputado y de la víctima.

El proceso cultural y político que debe conducir a una más elevada civilización en el proceso es representado, en este modelo, no tanto por la reducción de la distancia comunicativa y existencial entre los actores del drama procesal encerrados en los propios roles, cuanto más bien por el nuevo sentido que el drama adquiere para cada uno de los actores, si le son aseguradas las condiciones para ver, antes que la realidad social a través de

[14] Para un análisis de las tendencias sustancialistas en la ciencia jurídica, precursoras del desarrollo de un derecho penal autoritario «de la actitud interior», contemporáneas al advenimiento y consolidación del totalitarismo nacionalsocialista en la Alemania de los años treinta, cfr. A. Baratta (1966); sobre el sustancialismo y antiformalismo moralizantes predominantes en la ciencia jurídica y en el derecho autoritario de la Alemania nacionalsocialista, cfr.. también B. Rüthers (1968) y las contribuciones presentadas en el congreso de la sección internacional de la Asociación de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), llevada a cabo en Berlín los días 11 y 12 de octubre de 1982 (H. Rottleuthner, a cargo de, 1983). Para comparar similares tendencias en los ordenamientos jurídicos de los regímenes autoritarios en América Latina, véase E. García Méndez (1985).

los artefactos de la justicia, los artefactos de la justicia, a través de la realidad social. Es este nuevo «*sentido*» el que puede reunir a los actores del proceso en una armoniosa comunicación, en su calidad de hombres y de ciudadanos, aun sin pretender sustraerlos de sus roles en el teatro procesal.

La introducción de la «opción crítica» en el modo de vivir la experiencia procesal por parte de todos los sujetos implicados, puede ser representada, usando como metáfora una pieza teatral muy cercana a la de Bertold Brecht. Sobre el teatro están los actores que representan sus papeles, pero al mismo tiempo ellos hacen parte del público; despiertan a través de esta participación, su conciencia crítica. Son una guía para el público, porque son no sólo actores, sino también el público de ellos mismos. Recitan y se ven recitar; son actores del teatro que saben ser, ante todo, actores de la vida.

Del mismo modo actúan los actores del proceso, en el modelo ideal propuesto. La vida entraría en el proceso, de este modo, a través de la *ironía*. Ironía significa vivir viéndose vivir.

En este caso significa recitar con ritual respecto de las reglas y los roles, la propia parte en el proceso, a sabiendas de que en el teatro procesal sólo sucede una transcripción ficticia del drama social. Un importante elemento político entraría de tal modo en el proceso. La ironía de la que se habla, en efecto, es la conciencia dramática que rescata a los actores de sus roles y los hace ser al mismo tiempo críticamente partícipes, fuera de aquellos, de la vida de la sociedad. Pero la ironía de los actores es al mismo tiempo el modo como ellos representan al público, la sociedad misma, en el proceso. El rito procesal, que de otra manera constituye el escenario de la conservación y del consenso en relación con el *statu quo* social[15], se transformaría así en el teatro de una crítica de la realidad, en un lugar de emancipación.

Si en la sociedad el proceso penal es visto y vivido a través de una relación crítica con la realidad, es posible no sólo alimentar la reforma procesal con una participación más amplia que la de los «expertos», sino también, imprimirle la dirección correcta; aquella en la que la reforma del proceso se convierte en parte de un proyecto de emancipación de la sociedad. Se trata de relativizar la verdad procesal, aunque conservándola en la justicia penal, como elemento de limitación de la responsabilidad que el

[15] La funcionalidad del proceso en relación con la asimilación y neutralización de la protesta y con la legitimación de la realidad, es puesta al centro de la reflexión que N. Luhmann (1975) desarrolla sobre tal institución al interior del sistema jurídico, administrativo y político.

Derecho asigna a las personas; de acompañarla de un conocimiento más profundo de la realidad social y de los conflictos de los que el delito es expresión.

4. *La escuela de la ironía: historia, ciencia social y sabiduría popular. Por una reforma del «sentido» del proceso penal*

¿En cuál *escuela* puede ser adquirido dicho conocimiento? Se ha hablado mucho de promover su adquisición por parte de los actores profesionales de la justicia, a través de una más amplia formación científica, basada en la integración de la ciencia jurídica con las ciencias sociales[16]; se han hecho avances conceptuales al interior de la misma teoría jurídica del delito, que pueden hacer las categorías dogmáticas menos impermeables al conocimiento científico de la sociedad.

La problemática reciente del concepto de culpabilidad puede ser interpretada en dicho contexto a pesar de que se encuentren en ella corrientes contradictorias. Junto a soluciones de tipo tecnocrático que han sido objeto de discusión y crítica (cfr. A. Baratta, 1984), se pueden encontrar nuevas posibilidades para la introducción, en sentido emancipador, de elementos *judiciables* del saber científico sobre la sociedad y los conflictos en la estructura dogmática del concepto[17].

Fuera de la *escuela* de la ciencia, sin embargo, hay otras no menos importantes, de la cual también los juristas pueden adquirir mucho: la sabiduría popular. La ironía de la que antes se ha hablado, no necesita ser inventada. Ella existe ya y es practicada fuera de la cultura «oficial» en una tradición que tiene como protagonista a las clases populares, los pobres y los marginados,

---

[16] En la perspectiva de una integración del saber de las ciencias sociales con el de la ciencia jurídica, dentro de las ciencias penales y criminológicas, cfr. los textos recogidos en K. Lüderssen, F. Sack, a cargo de (1975; 1977; 1980a; 1980b), W. Hassemer, K. Lüderssen, a cargo de (1978), W. Hassemer, a cargo de (1984); para una reflexión crítica sobre el modelo integrado de ciencia penal, cfr. A. Baratta (1979).

[17] Una indicación importante se puede tomar, por ejemplo de la teoría de la co-culpabilidad desarrollada por un ilustre penalista argentino, E. R. Zaffaroni (1982, 65 ss., 74; 1985, 97 ss.). Esta puede permitir, en efecto, operaciones de valoración compensatoria de la responsabilidad de los individuos en condiciones sociales desventajosas, considerando las diversas posibilidades de comportamiento que el individuo posee según su status social e introduciendo así en la apreciación jurídica, la consideración de la injusticia social y de la «culpabilidad» de la sociedad por las condiciones en que tales individuos han sido dejados.

los cuales han sido siempre la clientela privilegiada del sistema de la justicia penal. La cultura popular está llena de ejemplos de la sabia ironía con la cual las clases desfavorecidas, los individuos procesados y condenados que de ellas forman parte, sus familias, su ámbito social cercano, viven su propia inclusión histórica en el sistema de la justicia penal, su presencia «privilegiada» en los juzgados y en las cárceles. Una historia de la justicia penal *desde abajo*[18], la historia depositada en la concepción popular y no contada en los documentos del saber oficial, con los que en gran parte se forman los juristas, puede ser una fuente extraordinaria de conocimientos y de conciencia profesional para los operadores de la justicia, como en general para todos los ciudadanos, que se sienten representados y asegurados por la justicia penal.

A la escuela de la historia se agrega en la realidad cotidiana del proceso, la experiencia popular, que se expresa en la persona del imputado, cuando éste, como sucede en la mayoría de los casos, proviene de los estratos más bajos de la sociedad. También del contacto procesal con el mundo del imputado, los actores profesionales que representan el poder institucional y la cultura dominante de la sociedad, pueden aprender mucho, si fuera de la participación ritual se establece con él una relación humana y política para comprender su lenguaje y a través de esto, como es posible en muchos casos, la antigua y sabia ironía de los pobres.

Es incuestionable, por otra parte, que hoy en el proceso penal se encuentran como imputados, también representantes de los grupos socialmente poderosos. Piénsese en los procesos contra la criminalidad organizada, o contra graves desviaciones de los órganos estatales. Aunque mirando la producción de la máquina de la justicia penal, es decir, la población carcelaria, la presencia de los individuos provenientes de grupos poderosos es un hecho excepcional (también en la época de los grandes procesos contra la mafia), la experiencia de éstos procesos contra individuos potentes, es importante e instructiva.

[18] La ciencia histórico-social y en particular la historia del sistema penal, ha realizado en los tiempos recientes una verdadera transformación de su perspectiva de investigación y, en consecuencia, ha trasladado sus intereses cognoscitivos dedicando particular atención, en la reconstrucción histórica del desarrollo de las instituciones sociales, en la percepción y experiencia respecto de éstas, de la gente común y en la vida cotidiana; véanse, entre otros, a D. Blasius (1978), J. David (1982) y las indicaciones bibliográficas sobre la historia de la criminalidad y del sistema penal inglés en el siglo XVIII recogidas por P. Wettmann (1987).

Se trata de la intervención de la justicia penal en conflictos de tal magnitud, que hace posible su definición como *luchas* sociales, como encuentros por el poder y otros recursos que se desarrollan en el contexto de las relaciones complejas de contraposición y compenetración entre poder legal y poder ilegal en la sociedad[19]. La incapacidad del sistema de la justicia penal contra el reto de una criminalidad organizada, capaz no sólo de competir con los poderes del Estado, sino también de condicionarlos, puede ser considerada con la misma «opción crítica» y vivida con la *ironía*, como en el caso de los procesos con imputados socialmente débiles.

Hablar de escasez de medios a disposición de las instituciones de la justicia penal para explicar aquella incapacidad, de valorización de la máquina de la justicia penal como solución, es en este caso, limitar el discurso dentro de una perspectiva demasiado estrecha. Para dar a ello una amplitud adecuada, se debe ante todo hablar de la forma reductiva como los conflictos de ésta naturaleza son interpretados y reconstruidos en la óptica del Derecho penal; de su ocultamiento en la dimensión técnico-jurídica. Antes de poner la cuestión de los recursos materiales del sistema de la justicia penal, es necesario restituirle a los conflictos de esta naturaleza sus dimensiones reales. Esto significa también, ampliar el frente de la lucha contra la criminalidad organizada como el frente de una lucha política que interesa a toda la sociedad civil; fomentar un proceso de toma de conciencia y de acción del que sean protagonistas todas las fuerzas democráticas y no sólo los órganos de la justicia penal.

Para entender la distancia que hay entre la compleja realidad de los conflictos y su reconstrucción en el proceso, los juristas tienen a su disposición, también en este caso, la gran escuela de la ciencia social y de la historia. Esta revela la conexión funcional entre los procesos de acumulación ilegal y los de circulación legal del capital; el carácter estructural de formas de corrupción y colusión con el poder mafioso en los órganos del Estado en determinadas condiciones histórico-sociales; la dependencia endémica de los delitos y desviaciones de los órganos públicos de degeneraciones partidocráticas del sistema de la representación política.

Es necesario ser conscientes de la imposibilidad de controlar sólo con la intervención represiva sobre los comportamientos individuales de las personas físicas -más allá de los cuales la

[19] Con esta perspectiva en el análisis del fenómeno de la mafia, véase, entre otros, a H. Hess (1984).

justicia penal de un Estado de Derecho no puede ir-, conflictos que tienen como sujetos y modalidades organizaciones y sistemas complejos de acciones, antes que individuos y comportamientos singularizables; que tienen relación con formas ilegales de extracción y de acumulación de los recursos, cuyos usufructuarios pueden estar funcionalmente bien lejos de los autores, como sucede, por ejemplo, en el caso de operaciones ilegales de grandes sociedades nacionales y multinacionales.

También en este caso, junto a la escuela de la historia y de la ciencia, está a disposición de los operadores y del público de la justicia penal, la escuela cotidiana de la experiencia procesal. También el procesado potente, es portador, aunque en modo diverso y opuesto al del procesado socialmente débil, de un *mensaje* importante, que sólo puede ser descifrado en una relación con el código social y político que sobrepasa la que se desarrolla con el código de la justicia penal. Desde este punto de vista, la ironía de los potentes, que saben que están librando una batalla que no será decisiva para la suerte de su guerra, no es menos sabia y rica de enseñanzas que la ironía de los pobres, que saben que la «guerra contra la criminalidad» que la justicia penal libra contra ellos, no cambiará las condiciones de su batalla cotidiana en la periferia de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Associazione Nazionale «Liberarsi Dalla Necessita del Carcere» (1986): «Documento fondativo del Coordinamento Nazionale "Liberarsi dalla necessita del carcere" en *Dei delitti e delle pene*, IV, 2, págs. 367-371.

Baratta, Alessandro (1979), «Criminologia e dogmatica penale, passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica», *La questione criminale*, vol. 2, págs. 147-183.

— (1982): *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bolonia.

— (1984), «La teoria della prevenzione integrazione. Una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoria sistemica», en Dei delitti e delle pene, II, 1, págs. 5-30.

— (1985), «Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale», en *Dei delitti e delle pene*, III, 3, págs. 443-473.

Baurmann, Michael (1980), «Schuldose Dogmatik?», en Seminario: *Abweichendes Verhalten, VI, Kriminalpolitik und Strafrecht*, a cargo de K, Lüderssen, F. Sack, Suhrkamp, Frankfurt a.M., págs. 196-265.

Berger, Peter; L. Luckmann, Thomas (1966), *The Social construction of Reality*, Doubleday, Garden City, New York (trad. ital. *La realtà come costruzione sociale*, Il Mulino, Bolonia, 1969).

Bierbrauer Günter (1978), «Attributionstheoretische Überlegungen zur strafrechtlichen Schuld», en *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. III, Strafrecht*, a cargo de W. Hassemer, K. Lüderssen, Beck, München, págs. 130-152,

Blankenburg, Erhard; Sessar, Klaus; Steffen, Wielke (1978), *Die Staatsanwaltschaft un Prozeb strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Duncker & Humblot, Berlin.

Blasius, Dirk (1978), *Kriminalität im Alltao*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.

Bloch, Ernst (1959), *Prinzip Hoffnung*, 1.ª ed., Suhrkamp, Frankfurt a.M.

Blum, Alan; F. McHug, Peter (1971), «The Social Ascription of Motives», en *American Sociological Review*, 39, págs. 98-127.

Carrino, Agostino (1983), *L'irrazionale nel concetto. Comunità e diritto in Emil Lask*, ESI, Nápoles.

Cesarini Sforza, Widar (1958), *Filosofia del diritto*, Giufrè, Milan.

Christie, Nils (1982), *Limits to pain*, Martin Robertson, Oxford (trad. it. *Abolire le Pene? Il paradosso del sistema penale*, Ahele, Turin, 1985).

Cicourel, Aaron V. (1970): «The Accusation of Social Structure. Toward a development Sociology» en *Understanding Everyday Life*, a cargo de J. E. Douglas, Aldine Publ., Chicago, págs. 136-163.

David, Jones (1982): *Crime, protest, community and police in nineteenth-century Aritain*, Houtledge & Negan, Londres.

Douglas, Jack D., a cargo de (1970): *Understanding Everyday Life*, Aldine Publ., Chicago.

Ellcheid, Günther; Hassemer, Winfried (1975), *Strafe ohne Vorwurf, in Seminar: Abweichendes Verhalten, II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, I*, a cargo de K. Lüderssen, F. Sack, Shrkamp, Fankfurt a. M.

Engisch, Karl (1965), *Vom Weltbild des Juristen*, Carl Winter, Heidelberg.

Frank, Reinhard (1907), *Über den Aufhau des Schuldbegriffs*, Giessen.

García Méndez, Emilio (1985), *Recht und Autoritarismus in Latein Amerika: Argentinien, Uruguay und Chile 1970-1980*, Ed. Iberoamericana, Frankfurt a. M.

Giddens, Anthony (1984), *The Constitution of Society*, Polity Press, Cambridge.

Habermas, Jürgen (1981), *Theorie des kommunikativen handelsn, Bd. 2, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.

Hart Herber, L. A. (1951), «The Ascription of Responsibility and Rights, en *Logic and Language*, a cargo de A. Flew, Clarendon Press, Oxford.

Hassemer, Winfried (1984), *Sozialwissenshaften im Strafrecht*, Luchterhand, Neuwied.

Hassemer, Winfried; Lüderssen, Klaus (1978), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. III, Strafrecht*, Beck, München.

Hess, Henner (1984), *Mafia*, Laterza, Bari.

Hippel, Fritz von (1955), *die Perversion von Rechtsordnungen*, MNohr, Tübingen.

Jakobs, Günther (1976), *Schuld un Prävention*, Mohr, Tübingen.

Jung, Heike (1987), «Das Opferschutzgesetz», en *JuS*, 2, pág.

Kaiser Günther (1985), *Kriminologie*, Müller, Heidelberg, Karlsruhe.

Kelley, Harold H. (1971), *Attribution in Social Interaction*, General Learning Press, New York.

Hohlrausch, Eduard (1910), «Sollen und Hönnen als Grundlarea strafrechtlicher Zurechnung», en *Festcabe für Güterhock*, Duncker & Humblot, Berlin, págs. 26-46.

Hrauss, Detlev (1983), «La vittina del resto nel processo penale», en *Dei delitti e delle pene*, I, 2, págs. 283-296.

Lash, Emil (1932), «Fechtsphilosophie», en *Gesannelte Scriften*, a cargo de E. Herrigel, Mohr, Tübinger, págs 275-332.

Lüderssen, Klaus; Sack, Fritz, a cargo de (1975a), *Seminar: abweichendes Verhalten, I, Die selektiven Normen der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.

—, a cargo de (1975b), *Seminar: Abweichendes Verhalten, II, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, I, Suhrkamp, Frankfurt a. M.

—, a cargo de (1976), *Seminar: Abweichendes Verhalten, III, Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, 2, Suhrkamp, Frankfurt a. M.

—, a cargo de (1980), *Seminar: Abweichendes Verhalten, IV, Kriminalpolitik un Strafrecht*, Suhrkamp, Frankfurt a. M.

Luhmann, Niklas (1974), *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 4.ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen.

— (1975), *Legitimation durch Verfahren*, 2.ª ed., Suhrkamp, Frankfurt a. M.

Mathiesen, Thomas (1974), *The Politics of Abolition*, Universitetsforlaget, Oslo.

Mead, George H. (1936), *Mind, Self and Society*, Aldine Publ., Chicago (trad. it. *Mente, è società*, Florencia, 1966).

Mills, C. Wright (1940), «Situated Actions and Vocabulaires of Motive», en *American Sociological Review*, V, 6, págs. 904-913.

Mosconi, Giuseppe (1986), «Riferimenti per un'alternativa reale al carcere», en *Dei delitti e delle pene*, IV, 2, págs. 277-315.

Müller-Dietz, Heinz (1967), *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, Müller, Karlsruhe.

Pavarini, Massimo (1986), «Fuori delle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale», en *Dei delitti e delle pene*, IV, 2, págs. 251-276.

Peters, Dorothee (1973), *Richter im Dienste der Macht*, Enke, Stuttgart.

Poulantzas, Nicos (1974), *Les classes sociales dans le capitalisme aujourd'hui*, Editions du seuil, París.

Raderuch, Gustav (1973), *Rechtsphilosophie*, Mohr, Tübingen.

Rottleuthner, Hubert, a cargo de (1983), «Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus», *ARSP* Beiheft, 28, Steiner, Wiesbaden.

Ronin, Klaus (1973), *Strafrechtliche Grundlagenproblems*, De Gruyter, Berlín, New York.

Rüthers, Bernd (1966), *Die unheorenzte Ausleguno. Zum Wandel dei Privatrechtsoranung im Nationslaczialismus*, Mohl, Tübingen.

Sack, Fritz (1978), der kriminalsociologie», en *Handhuch fur emmirischen* Schünemann, Bernd, a cargo de (1884), *Grundfragen des modernen Strafrechissystems*, de Gruyter, Berlín, New York.

— (1986), «Zuf Stellung des Opfets im System der Straftechtspflege», en *NStZ*, VI, 5, págs. 193-200.

Schütz, Alfred (1960), *Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt*, 2.ª ed., Springer Wien (trad. it. *La fenomenologia del mondo sociale*, Il Mulino, Bologna).

— (1962), *Collected Papers, I, The Problem of Social Reality*, The Hague.

Silbernagl, Michele (1985), *Dogmatica penale e scienza sociali. Appunti critici sui recenti sviluppi della categoria della colpevolezza nella dottrina tedesca ovvero sulla ricezioned di sapere sociologico da parte della scienza giuridico penale*, tesis de grado, Universidad de Bolonia.

— (1987), «Il diritto penale senza colpevolezza. Appunti critici sul processo di dissoluzione della categoria della colpevolezza nel diritto penale preventivo», *Dei delitti e delle pene*, V, 2, de próxima publicación.

Smaus, Gerlinda (1985), *Das Strafrecht und die Kriminalität un der Alltagssprache der deutschen Bevölkerung*, Westdeutscher Verlag, Opladen.

Wächter, Gerd H. (1984), «Der doppelte Charakter des Strafrechts. Ökonomie, Repression und Ideologie in der Theorie des Strafrechts», en *Kritische Justiz*, XVII, págs. 161-185.

Welzel, Hans (1941), «Persönlichkeit und Schuld», en *ZStW*, LX, páginas 428-474.

Wettmann, Peter (1987), «Il sistema penale inglese nel 18. secolo. Sviluppi nel campo della ricerca storica», en *Dei delitti e delle pene*, V, 1, págs.

Zaffaroni, E. Raúl (1982), *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. IV, Ediar, Buenos Aires.

— (1985), *Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina*, Buenos Aires.

¿RACIONALIDAD DE LAS NECESIDADES EN EL DERECHO PRIVADO?

1. *Teorías sobre la racionalidad de las necesidades en el Derecho*

En la discusión teorético-histórica sobre las estructuras de la racionalidad en el Derecho, los teóricos presentan a menudo una noción de desarrollo evolutivo en diferentes etapas[1]. En muchos casos, el objetivo de estos análisis es mostrar que el Derecho está a punto de alcanzar una nueva etapa y que los indicios de esta nueva etapa pueden encontrarse ya en el sistema jurídico. Normalmente, estas teorías contienen, también, un elemento de normatividad: la nueva etapa es algo jurídico y los juristas teóricos deberían luchar por ello[2].

Una teoría de este tipo ha sido presentada en Finlandia por el teórico marxista Lars D. Eriksson[3]. Esta teoría, centrada principalmente en el desarrollo de los *modelos de argumentación jurídica* en la sociedad capitalista, distingue tres etapas:

a) La racionalidad del valor de cambio del capitalismo temprano forma la base del modelo de argumentación de la lógica de la subsunción. En este modelo, el punto de partida de la argumentación está constituido por la norma jurídica misma y la previsibilidad de las decisiones jurídicas es un valor central.

b) En el capitalismo tardío la racionalidad del valor de uso alcanza una posición dominante. Este tipo de racionalidad forma, sin embargo, la base de dos modelos diferentes de argumentación

[1] Para una crítica general de estas teorías evolutivas, véase, p. ej., Rottleuthner (1986): «El precio de la elegancia de un modelo de evolución es un desvanecimiento parcial».

[2] Naturalmente, hay también teóricos que advierten en contra de los nuevos rasgos que presenta el desarrollo jurídico. En Escandinavia hay que mencionar especialmente a Thomas Mathiesen (1985), quien, junto con muchos otros, diagnostica una evolución desde un método de regulación cerrado (basado sobre la certeza del Derecho) hacia un método de regulación más abierto; y, en su opinión, el declive de la certeza hará del Derecho un instrumento aún más efectivo para la opresión de los grupos más débiles de la sociedad.

[3] Véase Eriksson, 1979 y 1980, pág. 108.

jurídica. El primero es el modelo de la racionalidad del fin (o modelo de racionalidad del fin orientado hacia el sistema). En este modelo el contenido social de las decisiones jurídicas pasa a ocupar un primer plano. Los fines de las regulaciones jurídicas se toman como punto de partida y se evalúan las consecuencias sociales de las decisiones. El que toma la decisión procura alcanzar unos resultados sociales equilibrados que contribuyen a la conservación del sistema.

c) La racionalidad del valor de uso está también detrás del modelo de argumentación de la *racionalidad de las necesidades* (o modelo de racionalidad del fin orientado hacia las necesidades). En este modelo se pone también el énfasis en el contenido social y en las consecuencias de la decisión jurídica. Sin embargo, el objetivo no es cuidar de las necesidades del sistema (de su cohesión), sino de las necesidades de los miembros de la sociedad. En la evaluación de la racionalidad de una decisión la cuestión crucial es qué efectos produce dicha decisión en relación con las necesidades concretas y reales de los miembros de la sociedad.

Esta última etapa en parte se presenta como una descripción de una nueva estructura de la racionalidad que ya puede observarse en algunos elementos del Derecho. Esta es, sin embargo, una teoría con un marcado contenido normativo. Un jurista «progresista», de acuerdo con esta teoría, tiene que luchar por consolidar los elementos de racionalidad de las necesidades presentes en el Derecho. La racionalidad de las necesidades se presenta, pues, como un concepto clave para una jurisprudencia «alternativa».

La teoría de la racionalidad de las necesidades parece tener algunas semejanzas interesantes con la muy debatida teoría del «Derecho reflexivo», de Gunther Teubner[4]: ambas teorías -como muchas otras[5]- dividen la evolución del Derecho en la sociedad capitalista en tres etapas, la última de la cuales se está empezando a desarrollar ahora. Esta última fase, en cierto sentido utópica, de las teorías de Teubner y Eriksson no se parece demasiado en uno y otro caso: mientras que la racionalidad de las necesidades presupone y acepta un contenido material del Derecho, el Derecho reflexivo no busca soluciones materiales,

[4] Véase, p. ej., Teubner, 1983.

[5] Véase, p. ej., Schmidt, 1980 *(Privatautonomie - Materialisierung - Soziallautonomie)*, Brüggemeier, 1982 (contract I, contract II, organisation, y Wiethölter, 1982, 1984 *(Formalisierung - Materialisierung - Prozeduralisierung)*.

sino que trata de garantizar las premisas estructurales para un proceso genuinamente reflexivo (auto-regulación). Las partes (grupos) implicadas tienen que tener ellas mismas la posibilidad de decidir el contenido normativo de sus relaciones. El Derecho solamente ha de «decidir sobre decisiones, regular regulaciones, y establecer las premisas estructurales para futuras decisiones en términos de organización, procedimiento y competencia»[6]. Sin embargo, una mirada atenta a la teoría del Derecho reflexivo revelará también algún contenido material, al menos en una perspectiva a corto plazo. Dentro de su doctrina, Teubner alude a la «lógica reflexiva», una lógica que implica «simular» un proceso reflexivo en los casos en que las asimetrías sociales de poder y de información pueden suponer un obstáculo para una genuina reflexividad. Esta lógica se implementa a través de cláusulas generales, recurre a estándares como la «buena fe» y el «interés público». Con la ayuda de estas cláusulas generales el Derecho puede crear normas «reflexivas» particulares con un contenido material: «Ello significa que, en el caso de "deficiencias en la interacción" entre las partes contratantes, se definan autorizadamente en virtud del Derecho fines y deberes objetivos; en el caso de "deficiencias en el mercado", la costumbre mercantil se sustituya por la definición judicial de las reglas de conducta del mercado; y en el caso de "deficiencias políticas" el proceso judicial defina estándares de interés público»[7]. En este proceso simulado -que parece ser un tipo de estrategia a corto plazo del Derecho reflexivo- es obvio que debe ponerse algún énfasis en las necesidades concretas de las partes. Un argumento -pero sólo uno- para incrementar la participación de las partes (o los intereses implicados) en el proceso de creación de la norma es darles nuevas oportunidades para articular sus necesidades reales y concretas. De esta manera, también la teoría del Derecho reflexivo puede ser interpretada como partidaria de incrementar la orientación hacia las necesidades en el Derecho[8].

Las diferentes personas y los diferentes grupos que componen la sociedad tienen necesidades diversas. Un ordenamiento

---

[6] Teubner, 1983, pág. 275.

[7] Teubner, 1983, págs. 277-278.

[8] El paralelismo (hasta cierto punto) entre las ideas de Eriksson y las de Teubner puede en parte explicarse por el hecho de que en la formulación de sus teorías ambos autores remiten a Jürgen Habermas. Eriksson (1980, pág. 113) afirma que su racionalidad de las necesidades está conectada con la racionalidad comunicativa que, según Habermas, impera en los grupos fuera del sistema de economía de mercado.

jurídico que tome en consideración las necesidades concretas y reales de los miembros de la sociedad debe, en consecuencia, aceptar, entre otras cosas, la posibilidad de que existan reglas diferentes para personas diferentes *(reglas relativas a la persona)*[9]. En muchas ramas del Derecho -como en el Derecho social- esta posibilidad resulta evidente. En otras ramas, sin embargo, la persona «abstracta», sin ninguna característica externa al mundo del Derecho, sigue siendo considerada como el sujeto normal en una norma jurídica. En este artículo me propongo, sobre la base de un material jurídico concreto tomado del Derecho finlandés, discutir algunos aspectos del desarrollo del Derecho privado -especialmente del Derecho de responsabilidad civil y del Derecho de contratos- en una dirección en la que las necesidades de las diversas partes son ampliamente reconocidas como relevantes en la argumentación[10].

2. *Conceptos orientados hacia la persona en el Derecho privado*

A lo largo del siglo XX la llamada materialización del Derecho ha generado un estilo de regulación que ha conllevado, en mayor medida que antes, diferenciaciones entre personas. En la literatura jurídica de todo el mundo se han discutido muchos ejemplos relacionados con esta tendencia. Entre otros, puede mencionarse al autor germano occidental *Manfred Rehbinder*, que estudia el desarrollo de la estructura jurídica a partir de la tricotomía estatus-contrato-rol. Mientras que en el Derecho individualista (Derecho formal) el concepto central era el de «persona», basado en la libertad individual, en el Derecho del Estado social se distingue entre personas sobre la base del lugar que ocupan en el sistema social.

En otras palabras, el nuevo Derecho se centra en roles sociales. El hombre no aparece ya en el Derecho como persona abstracta, sino como empresario o trabajador, como trabajador manual o trabajador de cuello blanco, como persona que delinque por primera vez o reincidente. Cuanto mayor sea la diferenciación en

[9] Aunque este artículo versa fundamentalmente sobre las diferencias personales en el Derecho como un aspecto de la orientación hacia las necesidades, hay que recalcar que una discusión de conjunto sobre la racionalidad de las necesidades en el Derecho no puede y no debe limitarse sólo a este aspecto.

[10] El artículo está basado en mi libro *Social civilrätt* (Derecho civil social) (1987).

la vida social, se deberán desarrollar un número tanto mayor de roles de este género[11]. En Escandinavia muchos autores han apuntado el aumento de las disciplinas jurídicas relativas a la persona como el Derecho de los niños, el de los extranjeros, el de los presos, el de los enfermos, el de los consumidores y el de las mujeres[12].

Dado que en el referido debate los ejemplos de diferenciación personal -que varían de un autor a otro- se presentan, a menudo, de manera poco analítica, conviene aquí realizar un análisis preciso y una tipificación de los conceptos especiales.

Como las normas relativas a personas, por lo general, se introducen en el sistema jurídico con el objetivo de proteger a la «parte más débil» de la relación jurídica, el análisis se centrará en los conceptos mediante los que las normas describen a las referidas partes débiles.

a) *Conceptos formales*. A menudo, la protección de la parte más débil se realiza a través de normas que utilizan conceptos formales relativos a la persona. El contenido de la regulación es expresión de una racionalidad material, pero su metodología es todavía formal. El campo de aplicación de las normas protectoras de la parte más débil se delimita mediante la diferenciación de los diversos tipos de contratos. En un contrato de seguros, el titular de una póliza está protegido sea la parte más débil o no, sea una persona física o una empresa. A pesar de que en la literatura jurídica suele calificarse a tales regulaciones como «orientadas hacia la persona», en realidad sólo aparentan una diferenciación entre personas diferentes. Las personas protegidas son completamente intercambiables.

b) *Conceptos relativos a la función*. Durante las últimas décadas se han desarrollado conceptos que hacen referencia a una parte en un contrato y a la función que esa parte cumple en el mercado. Dentro de este tipo de conceptos relativos a la función, el más importante es el de *consumidor*. Este concepto está empezando -al menos en los países nórdicos- a ganarse el estatus de punto de partida central en la sistematización del Derecho de contratos. Pero este concepto todavía no es realmente un concepto relativo a la persona, puesto que toda persona (física) puede actuar como consumidor. No es aún expresión de la creación

[11] Rehbinder, 1968. Véase también, p. ej., Rebe, 1978, pág. 54, quien describe los cambios estructurales en el Derecho privado bajo el rótulo «Vom universalen Menschenbild zur sektorialem Rollenerwartung».

[12] Véase, p. ej., Stang Dahl, 1985, pág. 29; y Eckhoff, 1985, pág. 84.

de un Derecho privado orientado hacia las necesidades, en el sentido de estar especialmente dirigido a apoyar a los grupos económica y socialmente más débiles de la sociedad.

c) Conceptos relativos a la persona *«real»*. Hay normas que sólo son aplicables a ciertas clases de personas. Como ejemplos de criterios para operar tales limitaciones pueden mencionarse los siguientes: la pericia, la profesión, la riqueza, la clase social y el sexo.

La relevancia de tales criterios viene dada por razones diferentes. En unos casos se da importancia a ciertas propiedades de una persona porque se considera que tales propiedades le confieren una determinada pericia (o, si se hace referencia a las partes más débiles, falta de pericia). En otros casos, sin embargo, se toman en cuenta ciertas propiedades de una persona porque se considera que éstas reflejan alguna necesidad especial de aquella persona. En otras palabras, puede distinguirse entre conceptos orientados hacia las capacidades y conceptos orientados hacia las necesidades. Haciendo un mal uso de una conocida frase, podría decirse que los primeros están conectados con la primera parte y los segundos con la segunda parte del principio «de cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades».

Los conceptos orientados hacia las capacidades no son demasiado novedosos en el Derecho privado. Las nociones tradicionales de *culpa*, *bona fides*, etc., no pueden aplicarse a casos concretos sin una referencia a las capacidades de la parte cuyo comportamiento se juzga. Sin embargo, el desarrollo del Derecho privado lleva a enfatizar aún más los argumentos orientados hacia las capacidades. Así, por ejemplo, en muchos sistemas jurídicos las reglas que aluden a la inclusión en un contrato de cláusulas estándar o aquellas otras que aluden al deber de una de las partes de informar a la otra en el momento de concluir un contrato, parten de la distinción entre personas expertas e inexpertas. El desarrollo en el Derecho germano occidental del concepto de «Berufsrecht»[13] es también consecuencia de la tendencia a la diferenciación a partir de las capacidades en el Derecho privado.

En este artículo, sin embargo, me centraré en los conceptos relativos a la persona que están orientados hacia las necesidades. Cuando se usan estos conceptos no se hace alusión al comportamiento de una de las partes, por ejemplo, en el momento de

[13] Véase, p. ej., Hopt, 1983.

celebrar un contrato; estos conceptos destacan una necesidad especial de la parte como fundamento para concederle una protección jurídica. Como ejemplos de conceptos orientados hacia las necesidades pueden mencionarse pobreza, renta baja, desempleo, enfermedad, etc. Realmente, ¿pueden utilizarse estos conceptos en la argumentación en Derecho privado?

3. *Dos casos concretos*

El estudio de un material jurídico concreto (legislación y trabajos preparatorios, jurisprudencia y doctrina jurídica) tomado del Derecho finlandés y escandinavo de los años setenta y especialmente de los ochenta, muestra muchos fragmentos de modelos de argumentación relativos a la persona y orientados hacia las necesidades. En estos casos se hace, normalmente, referencia explícita a la *situación económica* de la parte (o a factores que se considera que afectan a su situación económica, como el desempleo). En estos contextos no suelen tomarse en consideración otras necesidades distintas de las económicas (véase, sin embargo, el ejemplo 2, infra.).

En este artículo, que va dirigido a una audiencia interesada ante todo por la teoría del Derecho, no pueden y no deben tratarse todos los detalles de esta evolución[14]. Empezaré la discusión citando dos casos concretos de Finlandia. Estos casos no son en absoluto únicos; en este contexto podrían mencionarse muchos otros.

Ejemplo 1. La ley finlandesa sobre responsabilidad civil contiene una cláusula que autoriza al tribunal a ajustar el montante de los daños cuando el pago de toda la compensación resulte irrazonablemente onerosa para la persona responsable del pago[15]. Esta disposición pretendía ser algo así como una «válvula de seguridad» que permitiera a los tribunales ajustar los daños cuando una «pequeña» negligencia hubiera causado un daño extraordinariamente grave[16]. Sin embargo, la Corte Suprema la ha usado más como un principio general de equidad y ha operado

---

[14] Para estos detalles, véase el capítulo 3 del libro mencionado en la nota 10.

[15] Vahingonkorvauslaki (31-5-1974/412), 2:1.2. Puede encontrarse una disposición similar en la Skadestândslag sueca (1972:207), 6:2.

[16] Ello queda claramente expresado en los trabajos preparatorios, véase «Hallituksen esitys Eduskunnale vahingonkorvausta koskevaksi lainsäädännöksi», HE, 187/1973, pág. 13.

ajustes limitando bastante las cantidades por daños (algunos miles de marcos cuando, por ejemplo, una compañía de seguros ha intentado recuperar tales cantidades de una persona individual con bajos ingresos)[17]. En otras palabras, la práctica del tribunal en relación con la disposición en cuestión ofrece una buena base para la creación de conceptos orientados hacia las necesidades; el «deudor pobre» en alguna medida (muy limitada en la práctica de los tribunales inferiores) está protegido *explícitamente* (y no «oculto» por medio del uso de técnicas jurídicas convenientes para el caso) por los tribunales en el Derecho de la responsabilidad civil. Ello se da particularmente cuando la parte contraria es rica como, p.e., una compañía de seguros que hace uso de su derecho de subrogación.

De entre los casos mencionados anteriormente la orientación hacia las necesidades es muy clara en la KKO 1979 II 14. En este caso el conductor A se había saltado un semáforo en rojo y había causado daños a otra persona. Los daños fueron pagados por la compañía de seguros de A que, de acuerdo con la ley finlandesa 20 que regula los seguros en el tráfico automovilístico, tenía un derecho de subrogación contra la persona que hubiera causado el daño cuando ésta hubiera actuado con negligencia grave. La compañía de seguros se personó en el procedimiento criminal en el que A fue condenado por negligencia grave en la conducción y exigió de A el pago de las cantidades. La Corte Suprema consideró que en este caso la compañía de seguros tenía derecho de subrogación (lo cual era bastante

[17] La siguiente tabla muestra los casos en los que la Corte Suprema ha ajustado las cantidades por aplicación de la cláusula general antes mencionada durante los años 1979-1985:

	Compensación completa/Fmk	Cantidad ajustada,: Fmk
KKO 1979 II 14	6.409,01	3.204,50
KKO 1980 II 50	62.248,62	10.000,—
KKO 1981 II 10	10.000,—	4.000,—
KKO 1981 II 23	93.250,—	62.167,—
KKO 1981 II 102	11.572,77	4.000,—
KKO 1981 II 124	6.000,— + 750,—/mes	3.000,— + 250,—mes
KKO 1982 II 103	15.782,—	2.000,—/5.000,—
KKO 1982 II 107	35.000,—	12.000,—
KKO 1984 II 47	2.057.396,84	500.000,—/300.000,—
KKO 1984 II 182	7.577,35	3.788,65
KKO 1985 II 51	220.000,—	120.000,—
KKO 1985 II 82	1.055.181,34	527.590,67
KKO 1985 II 154	149.472,49	50.000

obvio), pero ajustó la cantidad que A debía pagar apoyándose tan sólo en los dos argumentos siguientes: A tenía unos *ingresos bajos* y un *deber de manutención*. Lo interesante de este caso radica en que no se podían haber usado como argumentos para este ajuste ni el bajo nivel de *culpa* (A había incurrido en negligencia grave) ni una cantidad de daños extraordinariamente elevada (la cantidad reclamada era tan sólo de 6.409 Fmk, unos 1.000 dólares). El ajuste, que consistió en pasar de 6.409 Fmk a 3.204 Fmk, se fundamentó *únicamente* en argumentos orientados hacía las necesidades: A tenía unos ingresos bajos (entre 1.800 y 2.800 Fmk-mes) y unos elevados gastos de manutención (tenía cuatro hijos).

Ejemplo 2. La ley finlandesa de contratos contiene una cláusula general según la cual un contrato injusto puede ser ajustado por el tribuna[18]. Cláusulas generales similares a ésta pueden encontrarse en alguna legislación especial como, por ejemplo, la relativa a arrendamientos de pisos. Tales cláusulas generales pueden constituir una vía útil para introducir subrepticiamente argumentos orientados hacia las necesidades también en el Derecho privado.

Nuestro ejemplo proviene de la Corte de Apelación de Helsinki: *Hels. Ho 29.6.1977/81*. A era propietario de un piso y lo alquiló el 18.9.1976 a B y C. De acuerdo con lo estipulado las cláusulas del contrato debían estar en vigor hasta el 1.1.1980. Durante un tiempo A pasó a vivir como subarrendatario en el interior de otra familia. Algún tiempo después de firmado el contrato, A quiso volver a su piso. La corte de apelación consideró que A, que era *viejo* (nacido en 1896), no podía adaptarse a vivir como subarrendatario en el interior de una familia con cuatro niños menores de diez anos y se remitió a la declaración de un doctor según la cual vivir en esas condiciones ponía en peligro *su salud*. Sobre esta base se consideró que el período establecido en el contrato firmado entre A y B-C era injusto contra A y se le concedió el derecho a terminar el contrato antes del 1.1.1980. En este caso una disposición contractual que, en general, era bastante aceptable fue rechazada atendiendo a las necesidades especiales relativas a la persona de A (su avanzada edad y enfermedad).

[18] Laki varallisuusoikeudellisista oikeustoimsta, 36 (como enmienda 17-12-1982/956). Disposiciones similares pueden encontrarse en las leyes de contratos de los otros países escandinavos.

4. *Discusión*

Los ejemplos anteriores -y muchos otros que aquí no se han mencionado- muestran que dentro de la estructura predominante del Derecho privado es posible ya una argumentación relativa a la persona y orientada hacia las necesidades. Por otra parte, es fácil mostrar muchas dificultades conectadas con un posible incremento de esta orientación hacia las necesidades en el Derecho privado. Estas dificultades son frecuentemente destacadas cuando pasamos del campo del Derecho de la responsabilidad civil -del que han sido tomados muchos de nuestros ejemplos- a la rama central del Derecho privado, el llamado Derecho de contratos. Aquí discutiré dos problemas centrales:

a) En el Derecho privado tradicional la relación se da normalmente entre dos partes cuyos intereses, en el caso de que surja una disputa, se oponen el uno al otro. Si una parte gana, la otra pierde. En este campo, la satisfacción de las necesidades de una parte se realiza a expensas de la otra. Si una persona pide una solución orientada hacia las necesidades está, por tanto, obligada a argumentar por qué y en qué situaciones la otra parte debe *financiar* la satisfacción de sus necesidades. Ello, a su vez, significa que la argumentación orientada hacia las necesidades sólo puede prosperar en ciertos casos: en aquellos en los que la referida carga argumentativa puede ser satisfecha. Cuando una necesidad se opone a una necesidad (igual) no podemos hallar una solución orientada hacia las necesidades.

En el primero de los casos antes citados, la parte contraria era una compañía de seguros (notoriamente más rica); en muchos -aunque no en todos- de los casos de Derecho de responsabilidad civil en que se producían ajustes la situación era la misma. Puede decirse que la relación más típica en la que será posible una solución relativa a la persona y orientada hacia las necesidades en el Derecho privado es la relación entre una persona física y una (gran) empresa (o el Estado o alguna sociedad pública). En la mayoría de los casos concretos, e incluso en otros materiales tomados de otras partes del Derecho privado -p. e., del Derecho de contratos-, en que ha operado una argumentación orientada hacia las necesidades se encuentran relaciones de este tipo[19].

[19] La tradicional orientación hacia las necesidades en el Derecho de familia (p. ej., en las reglas concernientes a las pensiones de alimentos) no puede ser analizada en este contexto.

Algunos de los argumentos concernientes a la responsabilidad de las empresas, bien conocidos por la doctrina del Derecho privado, pueden también utilizarse para imponer un «deber de tomar en cuenta las necesidades de la otra parte» del tipo antes mencionados sobre empresas (al menos, en el caso de las grandes) y otras entidades semejantes. Este no es el lugar apropiado para tratar con detalle estos argumentos; en este contexto es suficiente con algunas llamadas de atención sobre ciertos puntos básicos:

— la imagen burocrática y el poder económico de las grandes empresas; debería haber alguna conexión entre poder y responsabilidad;
— pulverización de las necesidades; normalmente, a través del mecanismo del precio, una empresa puede repercutir las pérdidas que hayan surgido sobre un gran numero de clientes (consumidores);
—responsabilidad por problemas ocasionados por las empresas; p. e.: Si una compañía financiera introduce un sistema de tarjetas de crédito que causa problemas a aquellas personas que no son capaces de adaptarse al mismo, entonces la referida compañía debería tener alguna responsabilidad por esos problemas.

b) El problema anteriormente tratado se planteaba en el nivel normativo. El segundo problema plantea mayor dificultad y está relacionado con la eficacia de las regulaciones orientadas hacia las necesidades y, en particular, con sus problemáticos efectos secundarios. El problema que voy a tratar aquí no es agudo en el Derecho de la responsabilidad civil (y ello podría explicar por qué las regulaciones orientadas hacia las necesidades parecen ser bastante más comunes en este campo)[20]. Es, fundamentalmente, en el Derecho de contratos donde uno debe considerar el problema de la relación entre las reglas orientadas hacia las necesidades y el *mercado*.

La cuestión que hay que responder es la siguiente: ¿cómo puede evitarse que los principios relativos a la persona y orientados hacia las necesidades produzcan efectos negativos sobre

[20] En el material tomado del Derecho finlandés en relación con la orientación hacia las necesidades, los ejemplos de Derecho de la responsabilidad civil constituyen una parte predominante. Véase el libro mencionado en la nota 10, pág. 84-114.

las posibilidades de contratación de las personas protegidas? ¿Cómo puede evitarse que una regulación que, por ejemplo, protege a un deudor en paro, deteriore aún más las posibilidades de obtener crédito por parte de los parados? Naturalmente, una respuesta puede ser la de tratar de eliminar los efectos negativos del mercado desarrollando reglas que establezcan *contratos obligatorios*. Sin embargo, en este contexto no voy a discutir esta alternativa.

Los efectos que se acaban de mencionar no se originan cuando las necesidades relativas a la persona que tratan de protegerse son del tipo de las llamadas «necesidades sobrevenidas», esto es, necesidades que surgen con posterioridad a la celebración del contrato. En este caso uno puede acudir a algunas normas jurídicas concretas[21] que protegen, hasta cierto punto, al deudor contra las sanciones demasiado elevadas cuando no puede pagar la deuda por causas sobrevenidas tras la celebración del contrato, como enfermedad, paro, etc. En estos casos puede hablarse de un desarrollo doctrinal de la *fuerza mayor social*[22].

Los efectos negativos de una regulación orientada hacia las necesidades sobre las posibilidades de contratación de los grupos de personas protegidas son probablemente mayores cuando *a)* el grupo es relativamente pequeño, *b)* es fácil delimitarlo frente a otros grupos, y *c)* las consecuencias jurídicas de la regulación son claras. Cuando la protección se realiza mediante cláusulas generales, cuya aplicación es hasta cierto punto incierta, el riesgo de los efectos negativos disminuye. La mayoría de los casos orientados hacia las necesidades tomados del Derecho finlandés y escandinavo son de esta clase; son casos decididos sobre la base de cláusulas generales más o menos abiertas en las que la predecibilidad del resultado era extremadamente baja. Los conceptos relativos a la persona y orientados hacia las necesidades desarrollados sobre la base de estos casos son *conceptos-graduables*, que designan propiedades que pueden darse en mayor o menor grado (p. e, la pobreza), y *conceptos-directriz*, que deben balancearse con otros argumentos a la hora de determinar las consecuencias jurídicas de su aplicación.

---

[21] Un ejemplo: la ley finlandesa que regula los intereses (Korkolaki, 20-8-1982/633), § 11, confiere a los tribunales el poder de delimitar la responsabilidad en el pago de intereses de demora cuando la causa de la demora sea enfermedad o desempleo del deudor o alguna otra razón semejante.

[22] Desde un punto de partida diferente -una «interpretación social» del Bürgerliches Gesetzbuch-, Udo Reifner (1979, pág. 319) ha recomendado una doctrina similar.

Ello no obstante, esta exigencia económica está en cierto sentido en línea con las ideas básicas implicadas por la orientación hacia las necesidades. Como una solución orientada hacia las necesidades es aquella que toma en cuenta las necesidades reales y concretas de las partes, esa solución, hasta cierto punto, siempre se apoya obviamente en un juicio *in casu*. Ello sitúa a los tribunales en el centro de nuestro interés.

Es obvio que un adecuado programa orientado hacía las necesidades presupone una regulación flexible. Por otro lado, no hay, sin embargo, garantías de que los tribunales utilicen en la práctica un programa flexible de promoción de los intereses de los grupos sociales con menos recursos. Por tanto, desde el punto de vista de la doctrina crítica, el objetivo debería ser la creación de un modelo de argumentación que, en la medida de lo posible, combinara el contenido orientado hacia las necesidades de algunos nuevos elementos del Derecho privado con el valor formal de la seguridad jurídica.

Esto puede efectuarse mediante el desarrollo de los principios generales y de los conceptos orientados hacia las necesidades, clarificando nuevos puntos capitales de la argumentación jurídica de forma que se fortalezca la seguridad jurídica, pero tratándolos como meras directrices, de forma que puedan reflejar adecuadamente las necesidades concretas de las partes. De esta manera, la doctrina puede suministrar, cuando menos, los instrumentos necesarios para una práctica orientada hacia las necesidades[23].

(Trad. de Josep Aguiló Regla)

[23] Una posibilidad que no puede negarse es que la función primaria de esta teoría sea legitimadora; en palabras de Roberto Mangabeira Unger (1976, pág. 213): «En muchos países, las teorías jurídicas de justicia sustantiva pueden permanecer aisladas en una atmósfera políticamente hostil de forma que, si bien pueden tener la suficiente vitalidad como para contribuir a legitimar el orden social, nunca pueden fortalecerse lo suficiente para ayudar a transformarlo.»

BIBLIOGRAFÍA

Brúggemeier, Gert, «Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung», «Mischverfassung des demokratischen Interventionskapitalismus», «Verfassungstheorie des Sozialstaates», *Drei Modelle der Verflechtung von Staat und Wirtschaft? Eine Problemskizze. Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Writschaft, herausgegeben von Volkmar Gessner und Gerd Winter, Opladen*, 1982, págs. 60-73.

Eckhoff, Torstein, «Kan vi laere noe av kvinneretten?», Retfaerd 31 (1985), págs. 82-90.

Eriksson, Lars D., «Utkast till en marxistisk jurisprudens», *Retfaerd 11* (1979), págs. 40-53.

—, *Marxistisk teori och rättsvetenskap*, Helsinki, 1980.

Hopt, Klaus, «Nichtvertragliche Haftung ausserhalb von Schadensund Bereicherungsausgleich», *Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung*, Archiv für die civilistische Praxis 183 (1983), págs. 608-720.

Mathiesen, Thomas, «"Styringsjuss", "rettssikkerhetsjuss" ogdet gode samfunn», *Retfaerd 28* (1985), págs. 12-25.

Rebe, Bernd, *Privatrecht und Wirtschaftsordnung*, Bielefeld, 1978.

Rehbinder, Manfred, *Status-Kontrakt-Rolle. Berliner Festschrift für Ernst E Hirsch*, Berlín (Oeste), 1968, págs. 141-169.

Reifner, Udo, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, Darmstadt, 1979.

Rottleuthner, Hubert, «Theories of legal evolution: between empiricism and philosphy of history», *Rechtstheorie Beiheft 9* (1986), págs. 217-230.

Schmidt, Eike, *Von der Privat-zur Sozialautonomie*, Juristenzeitung, 1980, págs. 153-161.

Stang Dahl, Tove, *Innledning til kvinneretten*, Stang Dahl (ed.), Kvinnerett I. Oslo, 1985, págs. 13-109.

Teubner, Gunther, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law & Society Review*, vol. 17 (1983), págs. 239-285.

Unger, Roberto Mangabeira, *Law in Modern Society*, New York, 1976.

Wiethölter, Rudolf, «Entwicklung des Rechtsbegriffs», *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, herausgegeben von Volkmar Gessner und Gerd Winter*, Opladen, 1982, págs. 38-59.

—, «Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht», *Zentrum für Europäische Rechtspolitik (Bremen)*, Mat 4 (1984), págs. 25-64.

Wilhelmsson, Thomas, *Social civilrätt*, Vammala, 1987.

N O T A S

FALACIAS DE LA «ÉTICA DE LA RESPONSABILIDAD»

Para Ángel Latorre

Hace treinta años el autor de estas líneas, portador de una modesta ética de principios (o ética de fines últimos, por emplear la expresión de Max Weber), hubo de enfrentarse con su problematicidad ante la cuestión que le planteaba un profesor caracterizado por hacer reflexionar a sus alumnos: «Supongamos que es usted jefe de policía y sabe que una persona, ya detenida, ha colocado una bomba que estallará dentro de dos horas en un lugar desconocido lleno de gente. Para impedirlo, ¿hará torturar al detenido como mal menor, o no lo hará ateniéndose a su ética de principios?»

El dilema rebaja eficazmente los humos de cualquier persona dotada de sensibilidad ética e imaginación suficiente para meterse en la piel del otro, aunque «el otro» sea un jefe de policía y un detenido. El «mal menor» parece siempre preferible en un mundo poco kantiano donde sólo se puede elegir entre males. Aunque la consciencia ética «de principios» excuse las concesiones a la *cosidetta* «ética de la responsabilidad» arguyendo, por ejemplo, que «las cosas nunca son así», lo cierto es que la utilitaria ética *responsable* se impone con fuerza, particularmente en el mundo de lo público: hace poco el jefe de gobierno de un Estado secularmente neutral hacía suya precisamente esta «ética» para justificar su adhesión a una alianza militar.

Un poco de análisis

Cualquier ética se apoya en *argumentos*, y los argumentos son susceptibles de análisis. Podemos emprender uno a propósito del «modelo de la bomba» expuesto más arriba. Las alternativas parecen ser:

(1) (a) Se tortura al detenido.
(b) Consiguientemente, el detenido confiesa.

(c) Consiguientemente, se evita el crimen.

y

(2) (a) No se tortura al detenido.
(b) Consiguiente mente, el detenido no confiesa.
(c) Consiguientemente, no se evita el crimen.

Pero dispuesta de esta forma la alternativa, en seguida se echa de ver que en el interior de cada uno de los casos dista de darse una relación lógica entre los distintos supuestos componentes descritos. Así, en el caso (1), el supuesto (b) no se desprende necesariamente del sucio trabajo de los maderos descritos en el componente (a); también es verosímil un supuesto (b_2): «El detenido no confiesa», por lo que, «consiguientemente», resulta ser meramente una hipótesis, siendo también una hipótesis (b), de modo que en adelante a ésta la definiremos como (b_1). Lo anterior también convierte necesariamente en hipotético desde un punto de vista formal al supuesto (c). Y, lo que es peor, incluso dándose (b_1) resulta verosímil (c_2) «No se evita el crimen», ya sea por ($c_2$1) no existir relación entre la información arrancada y la posibilidad de evitarlo ($c_2$2) por impericia de los maderos ($c_2$3) por no haber crimen alguno que *evitar*, esto es, por falsedad de la información inicial, hipótesis ésta que no se puede descuidar, ya que parece presumible cierta correlación entre torturar y no saberlo todo (en puridad, al menos algunas veces).

Por otra parte, puede ocurrir que no sea consumado el crimen por alguna razón que nada tenga que ver con los diversos malvados de la historia: i. e. (d), lo evita un tercer sujeto, el Héroe Anónimo. Cabe también la posibilidad de que el detenido confiese espontáneamente, sin tortura.

Lo que parecía una alternativa es, pues, otra cosa, que reformulada y desplegada lógicamente expresa las posibilidades siguientes:

(1) (a_1) Se tortura al detenido.
(b_1) El detenido confiesa.
(c_1) Se evita el crimen.

(2) (a_1) Se tortura al detenido.
(b_1) El detenido confiesa.
($c_2$1) No se evita el crimen por no existir relación entre la información arrancada y la posibilidad de evitarlo.

(3) (a_1) Se tortura al detenido.
(b_1)El detenido confiesa.

($c_2$2) No se evita el crimen por impericia de los maderos.

(4) (a_1) Se tortura al detenido.
(b_1) El detenido confiesa.
($c_2$3) No se evita el crimen por no haber crimen alguno que evitar.

(5) (a_1) Se tortura al detenido.
(b_1) El detenido confiesa.
(d) No se evita [así] el crimen, porque lo evita un Héroe Anónimo.

(6) (a_1) Se tortura al detenido.
(b_2) El detenido no confiesa.
(c_3) No se evita el crimen [por falta de datos].

(7) (a_1) Se tortura al detenido.
(b_2) El detenido no confiesa.
($c_2$1) No se evita el crimen por no existir relación entre la información no arrancada y la posibilidad de evitarlo.

(8) (a_1) Se tortura al detenido.
(b_2) El detenido no confiesa.
($c_2$1) No se evita el crimen por no haber crimen alguno que evitar.

(9) (a_1) Se tortura al detenido.
(b_2) El detenido no confiesa.
(d) No se evita [así] el crimen, porque lo evita un Héroe Anónimo.

(10) (a_1) No se tortura al detenido.
(b_1) El detenido no confiesa.
(c_2) No se evita el crimen [por falta de datos].

(11) (a_2) Se tortura al detenido.
(b_2) El detenido no confiesa.
($c_2$3) No se evita el crimen por no haber crimen alguno que evitar.

(12) (a_2) No se tortura al detenido.
(b_2) El detenido no confiesa.
(d) No se evita [así] el crimen, porque lo evita un Héroe Anómino,

(13) (a_2) No se tortura al detenido.
(b_2) El detenido no confiesa.
($c_2$1) No se evita el crimen por no existir relación entre la información no arrancada y la posibilidad de evitarlo.

(14) (a_2) No se tortura al detenido.
(b_1) El detenido confiesa.

(c_1) Se evita el crimen.

(15) (a_2) No se tortura al detenido.
(b_1) El detenido confiesa.
($c_2$1) No se evita el crimen por no existir relación entre la información obtenida y la posibilidad de evitarlo.

(16) (a_2) No se tortura al detenido.
(b_1) El detenido confiesa.
($c_2$2) No se evita el crimen por impericia de los maderos.

(17) (a_2) No se tortura al detenido.
(b_1) El detenido confiesa.
($c_2$3) No se evita el crimen por no haber crimen alguno que evitar.

(18) (a_2) No se tortura al detenido.
(b_1) El detenido confiesa.
(d) No se evita [así] el crimen, porque lo evita un Héroe Anónimo.

A los que podría añadirse otro supuesto:

(19) (a_1) No se tortura al detenido.
(b_2) El detenido no confiesa.
(c_1) Se evita el crimen [lo evita la policía].

que, sin embargo, o es irrelevante para argüir en favor de la «ética de la responsabilidad», ya que es un caso excluido del dilema inicial o bien ha de considerarse idéntico a (9). Los casos (4) y (8) podrían ser análogos si los examináramos con más precisión, al igual que (11) y (17); no lo son, en cambio, estas dos parejas entre sí ni los miembros de una y otra tomados dos a dos.

Únicamente la posibilidad (1) arguye en favor de la «ética de la responsabilidad». Pero decidir de acuerdo con ella parece menos premioso que antes del análisis. Si bien se mira, adoptar una ética de principios, no tan fecunda como la *responsable* para introducir criminalidad en el mundo -casos (1) a (9) inclusive-, resulta incluso menos arriesgado. Cuando se está en la situación de *decidir*, las posibilidades de que un crimen *responsable* evite otro *irresponsable* son tan bajas que no podría hacerlas suyas ninguna compañía de seguros. Salvo, naturalmente, postular una creencia difícilmente compartible: que la tortura es un mágico principio de causalidad.

Responsabilidad y flogisto

Los «éticos de la responsabilidad» suelen andar preocupados por las *consecuencias*. Su razonamiento podría presentarse

como sigue: de acuerdo con la ética de principios, en una situación dada («La Situación Inicial»), habría que realizar un acto u omisión determinados («La Acción según Principios») introduciendo un cambio en el mundo; ahora bien, la situación resultante consecuente («La situación hipotética») sería tal que entonces *otros agentes* estarían en condiciones de realizar acciones no deseables desde el punto de vista de esos mismos principios; así, en base a la *responsabilidad* se realiza una acción distinta («La Acción Responsable»), cuyo resultado («La Situación Final») excluye la posibilidad de lo indeseable desde el punto de vista de los principios. La «ética de la responsabilidad» no tiene más remedio que apoyarse en una «ética de principios»: es una ética de principios, se diría, pero más lista.

Acaso se objete a esta descripción del razonamiento de *los responsables* que lo indeseable puede ser el propio cambio en el mundo resultante de «La Acción según Principios» y no el comportamiento ajeno. Pero eso sólo significaría que se tienen malos principios. El *fiat justitia pereat mundus* no dice nada bueno acerca de la concepción de lo justo de quien lo sostiene, o al menos así se puede afirmar en una época de ética sin código, o de código mutante. No se puede considerar ético un principio de comportamiento cuyo seguimiento introduce mal en el mundo sin más.

Suponiendo, pues -aunque quien mantenga la objeción descrita en el párrafo anterior probablemente sostendrá que la suposición es excesiva-, que la ética de principios en función de la cual se afirma la ética de la responsabilidad es una ética de buenos principios, resulta, sin embargo que contiene una *petitio principi*, y no precisamente ética. Pues ha de recurrir necesariamente a «La situación hipotética», y ésta, por definición, *no puede producirse sola y quien podría producirla la excluye con su conducta «responsable»*. «La situación hipotética» es el flogisto de esta ética, o el ogro de los cuentos. El *non datur* que autoriza violar los principios en nombre de los principios.

Tal vez sería preferible reconocer a la «ética» de la responsabilidad como una «ética de principios inconfesables», y discutir entonces acerca de «ética de la inconfesabilidad».

OTRAS FALACIAS

Juan Ramón Capella introduce la cuestión de la «ética de la responsabilidad» a través de un supuesto en el que se presentan aparentemente unidos por una relación causal tres sucesos: Tortura, Confesión y Evitación del mal. A continuación, presenta una colección de hipótesis posibles que vienen a poner de manifiesto que tal relación causal es, en efecto, ilusoria, porque la posibilidad de que la aparición consecutiva de esos sucesos se rija por ella es remotísima. La presunta fuerza causal de la tortura resulta así ser puramente «mágica», inventada. En realidad el supuesto acaba por ser, en la versión que resulta del análisis de Capella, una secuencia de sucesos aleatorios (El factor azar aparece en la forma de «héroe anónimo»). Como tales sucesos aleatorios, ninguno de ellos tiene vinculación alguna con el antecedente o el consecuente. Hasta tal punto que cabría incluso pensar en posibilidades en las que no se diera ni la secuencia temporal: por ejemplo, el héroe anónimo evita el mal segundos antes de que empiece la tortura. Naturalmente, reformulado así el supuesto, la acción de torturar carece en absoluto de justificación porque el único cambio que introduce en el mundo es la tortura misma, es decir, un mal puro y simple sin consecuencias ulteriores. Y Capella lo rechaza con toda razón, como lo haría cualquiera. Pero temo que ello *no* refuta los argumentos en que se basa la llamada «ética de la responsabilidad» porque esta ética pretende entrar en juego sólo cuando se da la existencia de dichas relaciones causales.

Hagamos de abogado del «diablo» (al fin y al cabo Weber mantenía que los éticos de resultados pactaban con el diablo). Un defensor de la ética de responsabilidad recurriría a un ardid contrario al argumento de Capella: en lugar de negar o minimizar la relación causal entre los sucesos tendería a magnificarla hasta convertir el supuesto en una secuencia de sucesos *seguros* implicados causalmente. Afirmaría: «Sólo si se tortura al detenido éste confiesa, y sólo si confiesa se evita el mal.» Si esto resultara

ser una secuencia de hechos seguros, no aleatorios, entonces la conclusión «Sólo si se tortura al detenido se evita el mal» sería una proposición verdadera. Estaríamos en presencia de un dilema trágico, de los que gustan alegar los éticos de la responsabilidad. Que esto no sea así en el caso de la tortura no quiere decir que no sea así en ningún caso, que es lo que parece sugerir Capella.

Para situar la cuestión en un marco de análisis satisfactorio hay que tener en cuenta, en primer lugar, que, en efecto, nuestras acciones introducen cambios en el mundo y, por tanto, tienen consecuencias que se producen en el mundo. Y, en segundo lugar, que, sin embargo, el grado de previsibilidad de esas consecuencias puede ser muy variable porque no siempre (aunque tampoco nunca) nuestras acciones son la única génesis causal que produce tales consecuencias, sino una entre muchas causas, previsibles unas e imprevisibles otras. Para expresar lo primero en términos éticos podría partirse de un cuadro sencillo de cuatro posibilidades:

A) Acción *según principios* que es causa de *buenas* consecuencias.
B) Acción *según principios* que es causa de *malas* consecuencias.
C) Acción *contra principios* que es causa de *buenas* consecuencias.
D) Acción *contra principios* que es causa de *malas* consecuencias.

Capella excluye expresamente la posibilidad B sugiriendo que los principios éticos siempre producen buenas consecuencias. De lo contrario no serían «buenos» principios. Esto me parece que es introducir la conclusión en las premisas que usa, lo que es la definición canónica de *petición de principio*. Más extraño es que no mencione siquiera la posibilidad C, que es, sin embargo, el núcleo del razonamiento de la ética de la responsabilidad, y la que la ha acreditado, incluso en la literatura, como una posibilidad real: «las manos sucias.» Si esta omisión se debe a que piensa, en conexión lógica con lo anterior, que cuando no se actúa según principios no se causan buenas consecuencias, entonces está cometiendo otra falacia: negar el antecedente.

Incluyamos, por último, en el cuadro el problema del grado de previsibilidad de las consecuencias, o lo que es lo mismo, de fuerza causal de la acción según principios o contra principios. Capella critica, con razón, a quienes dan por seguro un suceso

(«La situación hipotética») que, ni es tan seguro ni, en el mejor de los casos, depende directamente de su acción, sino de la de «otros agentes», pero con esto lo único que demuestra es que cuando el suceso hipotético en cuestión es de verificación remota alegarlo como posible como justificación para no actuar según principios es tan fantasmagórico como el flogisto. En esas condiciones la ética de la responsabilidad no es mas que un simulacro de razonamiento moral. Pero ello no quiere decir que esas condiciones se den *siempre*. Hay circunstancias en que se pueden anticipar con claridad «situaciones hipotéticas» que producen probablemente un mal, y actuar para evitarlas constituye una exigencia moral, y una exigencia moral que puede entrar en contradicción con nuestros principios. Capella sugiere que si nuestros principios son «buenos» nos impondrán actuar de forma que eviternos el mal, pero si actuamos así cancelaremos la posibilidad de que la «situación hipotética» se produzca. Es decir, recurriremos a una situación que «no puede producirse sola» y la excluiremos «con nuestra conducta de principios». El flogisto, que había fracasado en su malévola intención de defender ta ética de la responsabilidad, triunfa ahora en la justificación de los principios. Como debe ser.

PESOS Y MEDIDAS

Francisco Laporta ni quita ni pone rey, pero critica dos argumentos míos con los que intentaba mostrar que la «ética de la responsabilidad» se justifica con falacias. Aquí estableceré la impertinencia de su crítica respecto de mis argumentos.

1. Laporta rechaza el primero de ellos diciendo que ahí la fuerza causal de la tortura resulta inventada y que la «ética de la responsabilidad» sólo pretende entrar en juego cuando se da la existencia de relaciones causales entre Tortura y Evitación del mal.

Con ello Laporta establece un modelo argumental distinto al mío. En mi modelo, imaginado para una deliberación moral *previa* a la acción, el universo discursivo se extiende desde la «posibilidad de torturar» hasta la «posible evitación del mal», y se muestra que entre tales extremos no se establecen relaciones que justifiquen una «decisión *de* torturar». El modelo de Laporta sólo podría entrar en juego para alegar una dudosa *excusa a posteriori* de la tortura, pues parte de la existencia de una relación causal entre la «acción de torturar» -interpreto así su uso de «tortura» a secas, ya que la pasión o padecimiento sólo es vista por Laporta como hecho consecuente, al igual que la confesión, y no como acto moral- y la «evitación de un mal» distinto de la primera.

Sólo cabe establecer la existencia de la relación causal de Laporta *post festum*, si en este caso puede decirse así. Pues sufriendo tortura una persona *puede* hablar, *puede* callar (como sabemos los lectores de *La Question*), y también puede morir, enloquecer o confesarse autora de la muerte de Manolete o del crimen de Cuenca.

2. Laporta opina que en mi segundo argumento he incurrido en una *petitio principi* al exigir que los principios de la «acción según principios» sean «buenos». Y establece un cuadro de posibilidades que relaciona «principios» y «consecuencias» para sugerir *a)* que sugiero que los principios éticos siempre producen buenas consecuencias y *b)* que excluyo la posibilidad de que una acción contra principios sea causa de buenas consecuencias.

Laporta y los éticos de la responsabilidad hablan de consecuencias de la acción y yo de sus resultados. Von Wright formalizó el punto hace años. El *resultado* de una acción u omisión es el estado del mundo que no hubiera podido darse sin ella; las *consecuencias* incluyen las acciones u omisiones ulteriores del mismo agente o de otros y la posible transformación autónoma del estado del mundo *a partir del resultado*. Atribuir consecuencias es siempre muy impreciso: a la acción de Jesús de Nazaret se podría atribuir así consecuencias como la Inquisición, la vacuna o los Grandes Expresos Europeos.

* * *

No me parece pensable que una acción según buenos principios pueda ser causa de un resultado malo. Asunto distinto son los dilemas trágicos, tan cercanos y corrientes que hasta los penalistas les echan un resignado manto común, la «legítima defensa». Situaciones perentorias en que ningún principio moral basta y al ser humano se le exige *inventar* un comportamiento moral, precisamente *suyo*, porque el mundo externo exhibe cruelmente sus antagonismos. De ahí palabras sustantivas como «sacrificio».

Su conversión en verbos transitivos es ambigua. ¿Es un comportamiento moral sacrificar *a otros*? La respuesta depende de los principios que se sostengan. El almirante Carrero Blanco afirmaba que prefería morir en un holocausto nuclear a contemplar el fin de la civilización occidental y cristiana. El singular era aquí sólo *de dicto*. El señor González Márquez lo utilizaba *de re* al preferir morir apuñalado en el metro de Nueva York a tener que vivir en Moscú. *De dicto* o con metáfora *de re*, dudo que alguna de estas preferencias morales manifestadas por políticos profesionales suscite adhesión moral en la gente de metro. Aun discrepando de la separación estricta operada por Maquiavelo entre ética y política, la considero menos engañosa que el doble-pensar moral del realismo *realista* categorizado por Weber como «ética de la responsabilidad».

TEORÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA DEL DERECHO: EL DICTIONNAIRE D'EGUILLES

Las relaciones entre teoría y sociología del Derecho, aun sin desconocer la importancia de no pocas aproximaciones a la cuestión[1] constituyen todavía hoy un campo de trabajo que viene exigiendo un análisis detallado. Quizá por ello sea particularmente interesante el esfuerzo que un grupo de profesores e investigadores de diferentes países, bajo la dirección de André-Jean Arnaud, ha llevado a cabo para elaborar la obra que comentamos, el *Diccionario de Eguilles*, un diccionario de teoría y sociología del Derecho[2]. Por lo demás, se trata de un problema que hoy, entre nosotros, tiene una cierta actualidad por cuanto se han vuelto a plantear -esta vez a escala puramente académica, con motivo de la reforma de los planes de estudio de las Facultades de Derecho- las relaciones entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y, aunque esto desde luego con carácter residual, Sociología del Derecho.

Desde luego, no es una novedad el intento de ofrecer una Enciclopedia, Diccionario o Lexicón jurídico[3]. Sí lo es, en cambio, el tratar de proporcionar una obra de esa naturaleza pero especializada (al modo, por ejemplo, en que existe el *Diccionario*

---

[1] P. ej., Kelsen/Duguit, 1926 (es el prólogo de la revista destinada a fomentar ese intercambio, *Droit et Société*, hoy relanzada gracias, entre otros, al esfuerzo de A.-J. Arnaud). Sobre el problema de esas relaciones en la obra de Kelsen, además de Kelsen, 1912, 1928, 1986, cfr. Treves, 1985. También, sobre el replanteamiento de esas relaciones, Llewellyn, 1940; Hart, 1968; Bobbio, 1980, y, recientemente, Treves, 1988, y Ferrari, 1987, o Atienza, 1988.

[2] André-Jean (ed.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit («dictionnaire d'Eguilles»)*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence- E. Story-Scientia, Editions Juridiques et Fiscales, Paris-Bruxelles, 1988.

[3] Entre los existentes, cabe destacar las italianas *Enciclopedia del Diritto, Novissimo Digesto*, la española *Enciclopedia jurídica Seix*, el americano *A Law Dictionary*, de Bouvier, la más clásica *Encyclopädie des Rechtswissenschaft*, de Holtzendorff, o el *Lexique des sciences sociales*, de Grawitz, o el reciente *Vocabulaire Juridique*, dirigido por Cornu.

de política, de Bobbio-Mateucci) y más concretamente, en los dos ámbitos mencionados. Por supuesto, al enfrentarse con un trabajo de este carácter es necesario, en primer lugar, tratar de encontrar la justificación de la delimitación temática: ¿por qué teoría y sociología del Derecho? Los autores del diccionario se han preocupado naturalmente de responder a ello, no sólo en el interesante prefacio de la obra, sino también en el prólogo de la nueva serie de la Revista fundada por Kelsen y Duguit en 1926, *Droit et Société*. La elección de teoría del Derecho como objeto específico se basaba, en la declaración de Kelsen y Duguit, en la necesidad de abordar el estudio de «los problemas comunes a los derechos de todos los pueblos, problemas que se fundan en la naturaleza del Derecho, las relaciones entre Derecho, Estado y sociedad, las nociones fundamentales y métodos del conocimiento jurídico... una teoría del Derecho en sí, del Derecho puro que hace abstracción del fondo material, accidental y variado que acusa el Derecho en tal o cual Estado...» En resumen, la teoría del Derecho es entendida por Kelsen y Duguit como «postulado primero de todo estudio que se pretenda científico respecto a un sistema jurídico concreto»[4]. Además, se trata de Teoría y no Filosofía, por cuanto se persigue siempre una Teoría del Derecho positivo, apoyada en la experiencia, y además porque se excluye la reflexión especulativa sobre la justicia que constituiría el quehacer de esta última. Sin embargo, no es este el punto de vista de los autores del diccionario, que rechazan explícitamente el anatema de la separación de lo meta o extrajurídico en nombre de la pureza metodológica, que rechazan por ello la reflexión propia del modelo de la Dogmática jurídica, partiendo de una comprensión del Derecho como fenómeno histórico, cultural y social, además de lógico, que es posible abordar, pues, desde diferentes tipos de racionalidad. De ese punto de partida derivan diferentes conclusiones que importa señalar:

-En primer lugar, el carácter privilegiado, aunque no exclusivo, de las relaciones Derecho-Sociedad como objeto: el Derecho aun sin desconocer su carácter básicamente normativo, es un fenómeno social, histórico, cambiante. Es imposible comprenderlo sin estudiar el complejo de factores de los que es resultado e instrumento. Esta es, por otra parte, la razón esencial de la vinculación entre teoría y sociología del Derecho, ya que «una es indisociable de la otra» y, sobre todo, «la sociología jurídica

[4] Vid. el Prefacio cit. reeditado en la presentación de la nueva serie. Kelsen/-Duguit, 1926-1985.

es uno de los intentos contemporáneos más interesantes para superar las contradicciones e insuficiencias de la teoría del Derecho que hemos heredado»[5].

-Además, el estatuto científico, que no meramente técnico, de la teoría y sociología del Derecho, como saberes no dogmáticos y, sin embargo, aptos para la comprensión del objeto normativo. Si es no sólo necesario sino posible y útil superar la perspectiva dogmática para la comprensión del Derecho, ello se debe a la adopción de una perspectiva científica y no técnica (esto es, a la persecución no de utilidad inmediata, la que proporcionan unas categorías que sean funcionales para la práctica jurídica, sino a la «puesta en evidencia de las condiciones de emergencia y de los efectos del Derecho por procedimientos que no se fundamentan sino en premisas hipotéticas y no en hipóstasis»[6]). Ello supone, pues, partir de la comprensión de lo que se llama Dogmática o Ciencia del Derecho como técnica jurídica, como ha puesto de relieve entre nosotros, Atienza[7] y eso es precisamente lo que lleva a reclamar otros criterios, instrumentos y objetivos si se quiere proporcionar un conocimiento científico del Derecho, objetivo que, precisamente, justifica la necesidad de acudir a la teoría y la sociología del Derecho.

-Finalmente, la necesidad que la teoría y la sociología del Derecho tienen de contar con las llamadas «ciencias auxiliares» del Derecho. Junto a la opción por Teoría del Derecho en lugar de Filosofía del Derecho que se justificaría por la exigencia de arrancar de una «sólida formación jurídica»[8], esto es, del conocimiento de lo que llamamos Derecho, el diccionario se presenta sobre todo como «un diccionario de lo que aún recientemente se llamaba ciencias auxiliares del Derecho», título que, según confiesan los autores[9], no se ha utilizado únicamente por evitar la connotación ancilar que continúa manteniendo la expresión, ya que, muy al contrario, en esta obra se parte del carácter fundamental

---

[5] Prefacio, 12.

[6] *Droit et Société*, 1986/1. Pref., pág. 12.

[7] Atienza, 1987.

[8] Prefacio, pág. XV. Desde luego, no es en ese prefacio donde se encuentran las razones de tal opción (que son más bien débiles, salvo la que hemos recogido expresamente), sino en la ya referida declaración de intenciones de la nueva serie de la revista *Droit et Société*. El problema es que, lógicamente, no coinciden unos y otros autores, lo que da lugar a que en el *Dictionnaire de Eguilles* podamos encontrar voces que no necesariamente muestran coincidencia con esos puntos de partida, como aludiremos más adelante.

[9] Prefacio, XIII.

de los conocimientos que sobre la realidad jurídica proporcionan dichas disciplinas.

Obviamente, el diccionario ha de hacer frente, aunque se trate posiblemente de una empresa casi desesperada, a algunos riesgos comunes a este tipo de obras: el «mito de la precisión»[10], el afán de uniformización de los conceptos, la ambición de recrear el léxico científico o la falta de operatividad. En mi opinión, el diccionario de Eguilles afronta con notables resultados estos problemas. Efectivamente, el doble propósito lexicográfico y didáctico que se persigue[11] descarta el primero y el tercero de los riesgos mencionados, y relativiza el segundo, mientras que el método seguido para la selección de las voces y su exposición reduce el cuarto. En efecto, el objetivo lexicográfico no supone la pretensión de establecer prescriptivamente todo el léxico científico de la teoría y la sociología del Derecho, sino tan sólo ofrecer definiciones que permitan comprender el lenguaje de esas disciplinas, pero todo ello suficientemente matizado por la preocupación pedagógica de precisar «el carácter real, conceptual y estipulativo de los términos definidos» a la vez que «el entorno disciplinar y cultural del concepto, sus lazos eventuales con otras disciplinas, las principales acepciones históricas y contemporáneas, las vías [de análisis] más frecuentadas y la que permanecen sin explorar»[12]. Además, la exigencia de abandono-exclusión de toda pretensión prescriptiva relativiza[13] el peligro de perseguir la construcción de un sistema de conceptos artificioso inevitablemente en su uniformidad y, además, el método seguido en la elaboración de las 209 voces[14], así como los criterios que se emplean para la exposición, reducen el riesgo de círculo vicioso, de sistema de espejos, y, por consiguiente, permiten un notable grado de operatividad. En efecto, por lo que respecta a la estructura interna de las voces, se ha seguido, como advierte Ferrari[15] un procedimiento que, por así decirlo, actúa «de lo relativamente simple o complejo»: se ofrecen en primer lugar las *mots-clé* en las que se formulan las definiciones o los complejos de definiciones que permiten trazar los lindes del campo semántico (en sentido

[10] La expresión, como se recuerda en el propio prefacio, se debe al título de la obra de Melinkoff, *The Myth of precision*, a propósito precisamente de lo que los diccionarios significan.

[11] Prefacio, pág. 12.

[12] *Ibíd*.

[13] Cfr., p. ej., Prefacio XVI.

[14] Cfr. *Ibíd*., XV y ss.

[15] Ferrari, 1988.

positivo y negativo: como se explica en el instructivo Prefacio, se trataba de responder a los problemas que plantea una situación que, respecto al arsenal conceptual en cuestión, se caracteriza por la vulgarización de los conceptos fuera de los límites precisos de su uso inicial, la balcanización o superespecialización en los lenguajes propios de las diferentes ramas de los saberes jurídicos, y la babelización, la hipertrofia en la creación de neologismos que en muchos casos no responden a un avance conceptual) sin afanes de *actio finium regundorum* característicos de la mentalidad academicista, pero sin incurrir en el *totum revolutum* en el que en ocasiones deviene la ya más que tópica apelación a la interdisciplinariedad. A ellas acompaña un cuadro de referencias conceptuales, lingüísticas e históricas, la problemática básica del término, los datos etimológicos y bibliográficos, así como las traducciones en los cuatro idiomas de trabajo -alemán, inglés, castellano e italiano- y los correlatos que, casi siempre son de imprescindible lectura: no basta con leer una voz, sino, como se indica por los autores, «constelaciones» o grupos de voces. En la mayoría de los casos sigue un comentario propio del autor de cada voz. Desde luego, si atendemos al sistema de voces clave (*Ciencia del Derecho*, de F. Ost; *Sociología del Derecho*, de R. Treves; *Filosofía del Derecho*, de N. Bobbio; *Teoría del Derecho*, de M. van Hoecke; *Dogmática jurídica*, de A. Aarnio; *Sistema jurídico*, de M. Hartney y A. J. Arnaud; *Funciones del Derecho*, de V. Ferrari; *Derecho*, de A. J. Arnaud) que compondrían la serie de conceptos relacionados con el problema que básicamente me interesaba destacar, esto es, el modelo de Teoría del Derecho, sobre todo en relación con la Filosofía y la Sociología del Derecho, esas notas permiten advertir algunas matizaciones con respecto a la concepción anteriormente expuesta. Efectivamente, mientras el punto de vista que propone, por ejemplo, Ost sugiere que la teoría del Derecho realizaría la aproximación fundamental entre el lenguaje de la dogmática y el de las ciencias sociales, mediación que constituiría pieza fundamental de una ciencia jurídica interdisciplinar, lo que encajaría con el proyecto básico del diccionario, el análisis de Van Hoecke supondría una visión más global y sustantiva de la teoría del Derecho, en cierta contradicción, por ejemplo, no sólo con lo dicho, sino también con las tesis que desarrolla Bobbio en la voz que mencionaba más arriba.

Por supuesto, no podernos hacer repaso aquí de las voces desarrolladas, en la mayor parte de los casos por especialistas de reconocido prestigio, como MacCormick, Aarnio, Luhmann, Rottleuthner, Blankenburg, Friedman, Bobbio, Treves, Ferrari,

Rebuffa, Jori, Pattaro, Gianformaggio, Pocar, Kalinowski, Wroblewski, Gessner, Carbonnier, Ost, Vande Kerchove, Campbell, Carty, Villey, Chevallier, Dufour, Commaille, Miaille o el propio Arnaud. Hay que pensar que se trata de más de 130 colaboradores que pertenecen a 22 países diferentes, con un lógico predominio de los representantes del área francófona (Francia, Bélgica y Canadá) pero equilibrado en buena medida por una veintena de representantes del mundo anglosajón y una importante presencia, por ejemplo, de estudiosos italianos o alemanes. En este sentido, como también subraya Ferrari, la notable sistematicidad del Dictionnaire (aun a pesar de las inevitables diferencias de estilo y, desde luego, de calidad), el nivel de homogeneidad en léxico y presentación, son buena prueba del desarrollo y autonomía alcanzados por esas disciplinas y del hecho de que las relaciones entre Teoría y Sociología del Derecho son tan necesarias como insoslayables.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, «Teoría y técnica de la legislación», en *Teoría*, 1988.
—, «Sociología jurídica y ciencia de la legislación» (en prensa).
Bobbio, *Contribución a la teoría del Derecho*, F. Torres, Valencia, 1980.
Ferrari, *Funzioni del Diritto*, Laterza, Bari, 1987.
—, *Recension en Sociologia del Diritto*, núm. 1, 1988, págs. 161-163.
Hart, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.
Kelsen-Duguit, Presentación de la revista *Droit et Société*, núm. 1, 1926.
Kelsen, *Der soziologische und der Juristische Staatsbegriff*, 1928.
—, «Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkungen», en *ARSP*, 1912. págs. 601 y sigs.
—, *Teoría pura del Derecho*, UNAM, México, 1986.
Llewellyn, «The normative, the Legal and the Law-Jobs. The problem of Juristic Method», *Yale Law Journal*, 1940, núm. 49, págs. 1355 y sigs.
Treves, «Hans Kelsen et la Sociologie du Droit», *Droit et Société*, 1/1985, págs. 15-27.
—, *Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, Ariel, Barcelona, 1988.

A PROPÓSITO DE «EL CONCEPTO DE ESTABILIDAD DE LOS SISTEMAS POLÍTICOS», DE ERNESTO GARZÓN VALDÉS [*]

En el tema de las relaciones entre la legitimidad y la estabilidad, los filósofos contemporáneos han asumido dos posiciones: un grupo piensa que estos conceptos están estrechamente asociados, al punto que resulta casi imposible establecer diferencias claras entre ellos. Otro grupo, postula la necesidad de una clasificación rígida y exacta, que distinga, definitivamente, entre uno y otro. Garzón inaugura una posición diferente de ambas corrientes: mientras sostiene la tesis de que la legitimidad no es una condición suficiente, ni necesaria para la estabilidad, acepta, de cara a la realidad política de nuestro tiempo, las dificultades instrumentales y las ambigüedades que conlleva la empresa de diferenciarlas analíticamente.

1. *La ambigüedad de las clasificaciones*

En esto de ponerse de acuerdo sobre quién es calvo y cuándo hace mal tiempo, nada resulta fácil y mucho menos perfectamente claro. Pero en realidad ¿por qué tendría que ser así, en un mundo tantas veces difícil y confuso?... Por esta razón creo que las limpias opciones dicotómicas propuestas por Goodman (maestro en esas artes) y citadas en pág. 95, representan un falso dilema. La mejor prueba de mi afirmación se encuentra en el agudo trabajo que Garzón nos ofrece; y aunque con elegante estilo el autor acepta una de las opciones de Goodman, cuida muy bien su espalda con un cauto condicional: «Siendo así las cosas»... lo que deja abierta la posibilidad de que sean de otro modo, en cuyo caso tal vez la elección sería distinta.

Analizado el trabajo, sin duda quedan en el asunto cosas suficientemente oscuras como para que aún sea intrigante; pero esto no se debe al fracaso del autor en su intento por clarificarlo, sino por el contrario se debe a que tuvo éxito en la empresa por

[*] Ernesto Garzón Valdés, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales (Col. Cuadernos y Debates). Madrid, 1987, 111 págs.

tornarlo lo suficientemente claro como para que sea racionalmente discutible. Como con el tiempo, como con la calvicie, lo suficientemente claro suele confundirse con lo suficientemente oscuro.

Estas consideraciones sirven para que, una vez más, se reflexione acerca de las grandes dificultades que trae aparejado cualquier intento de trazar una línea divisoria que sirva de criterio clasificatorio. Toda pretensión de lograr un trazo inequívoco es ilusoria, y siempre se pierden cosas en el intento. Sin embargo, estos son los esfuerzos que van haciendo posible un escenario cada vez más racional como marco de la discusión filosófica.

2. *La estabilidad como propiedad disposicional*

La tesis central de la independencia entre la legitimidad y la estabilidad atraviesa el trabajo de Garzón, y esta tesis posee un indiscutible valor tanto en el campo estrictamente filosófico y analítico como en el político, terreno este último donde la confusión de ambas esferas produce consecuencias tan indeseables como la de suponer que la estabilidad es un valor en sí misma, y como tal debe ser irrestrictamente salvaguardada.

El recurso metodológico empleado por Garzón, consiste en deslindar la esfera de la legitimidad, a la que considera como una propiedad ética del sistema, de la esfera de la estabilidad a la que le asigna el carácter de propiedad disposicional del sistema. Este deslinde coloca a cada una de estas propiedades en un diferente entorno metodológico de justificación.

El considerar a la estabilidad como una propiedad disposicional, ofrece la ventaja de dotarla de una cierta previsibilidad (pág. 14). En este punto convendría señalar que el tipo de predicción que puede efectuarse en un terreno como el de la estabilidad, partiría de una probabilidad *a priori*, que luego se irá modificando con sucesivas informaciones que serán las que marquen la tendencia (enfoque bayesiano)[1].

Los momentos en que se efectúan los tests de estabilidad reciben el nombre de t_i con i desde 1 hasta n; y el momento que se

[1] En el enfoque bayesiano la inferencia de las ocurrencias en un t_{n+1} a partir de lo ocurrido en t_1, t_2..... t_n, consiste en un sucesivo tránsito de una probabilidad anterior, a una ulterior. Cada paso en ese tránsito no es solamente mecánico, sino que supone una toma de decisión respecto de todos los elementos implicados en la inferencia (predictores utilizados, niveles de medición, calidad de las pruebas, etc.) con el fin de aumentar cada vez la previsibilidad de los sucesos en tt_{n+1}.

desea predecir es el llamado t_{n1+} 1. Los tests consisten en medir la capacidad del sistema (S*) para reaccionar en forma tal que sus cambios sean explicación de su regla de reconocimiento (R_r), en las circunstancias que me inclino a llamar C_i, con i de 1 hasta n, en lugar de C, porque no son constantes. Esto conforme a D_3 de págs. 31-32.

Consideradas así las circunstancias (C_1) forman parte inevitable en la previsión de la estabilidad de S* para cualquier $t_{n+}1$. Esto es así porque a lo largo del tiempo, tales circunstancias van poniendo a prueba diferentes capacidades que configuran la propiedad de disposición de S* a la estabilidad. Estas pruebas corrigen, bayesianamente hablando, la probabilidad anterior y la convierten en una posterior, dando lugar a mejores predicciones.

Garzón sostiene en el trabajo que tales C_i son instancias de confirmación (o no) de la disposición de S* a reaccionar R_r. En los C_i llamados «casos límites», se ponen a prueba capacidades especiales del S* para reaccionar R_r, tales como: a) capacidad para resolver contradicciones, b) capacidad para satisfacer expectativas y c) capacidad para evitar las mutaciones mediante la explicación de la R_r (págs. 33-38).

En esta revisión le otorgo especial importancia a la condición b), ya que ella apela a la «capacidad» de rendimiento del gobierno a fin de no «frustrar las expectativas». Tanto las expectativas como la capacidad de rendimiento del gobierno están animadas por un valor ético (esfera de la legitimidad) que se filtra en la función de predicción. Este hecho no se escapa a Garzón; pero a mi juicio él minusvalora la erosión que tal circunstancia produce en su teoría acerca de la relación entre legitimidad y estabilidad.

Si la crisis de legitimidad participa en la función predictora del nivel de estabilidad de un S* para un $t_{n+}1$ cualquiera, algún vínculo tiene que ligar a la legitimidad, o a su falta, con la estabilidad, ya que no hay predicción posible entre condiciones totalmente independientes.

Cabría entonces pensar que aunque las esferas de la estabilidad y la legitimidad son en efecto diferentes, y ambas tienen métodos de validación también distintos (la una requiere de pruebas de origen empírico, mientras que la otra utiliza los principios de la ética normativa como base argumental), sin embargo no configuran condiciones independientes. Para aceptar esto basta con preguntarnos ¿qué efecto tendría el eliminar «la legitimidad» o «la crisis de legitimidad» en la función predictora de la estabilidad?

Tendríamos necesariamente que responder que la predicción se empobrecería (bayesianamente hablando); en consecuencia

habrá que admitir que por alguna razón, y de algún modo especial, estabilidad y legitimidad se vinculan.

3. *Una relación diferente*

Cuando se considera la estabilidad como una propiedad disposicional, se abre un horizonte muy amplio para efectuar eventuales predicciones sobre la misma, empleando el recurso de la observación y pruebas de la capacidad de S* para reaccionar R_r. (En la Parte II del trabajo se pone exitosamente a prueba sobre hechos ya ocurridos, la bondad de los elementos predictores elaborados). Sin embargo creo detectar que tal propósito se torna muy difícil de alcanzar apoyándose en la clasificación binaria escogida (1 ó 0), la cual permite expresar las combinatorias (1.0.0) (1.0. 1) (1. 1.0) y (1. 1. 1) [prefiero esta nomenclatura a la empleada por Garzón, porque da mejor cuenta de la autonomía de las esferas: existencia, legitimidad, estabilidad]. Este carácter binario torna demasiado drástica la clasificación (cada propiedad o está presente o está ausente), e impide ver una relación tan sutil como la de «ser predictor de». Pero a su vez esta relación, cargada de fineza y de potencia teórica, sólo ha podido tornarse visible a partir de la perspectiva planteada por Garzón cuando considera la estabilidad como propiedad disposicional, y de ese modo la diferencia de la esfera de la legitimidad. Si se ensayan otras clasificaciones de mayor poder discriminante se verá que bajo ciertas circunstancias, la legitimidad tiene una presencia mayor en la función de predicción de la estabilidad, mientras que otras veces prácticamente desaparece.

La necesidad de considerar y caracterizar esta nueva relación: «formar parte de la función predictora de» entre legitimidad y estabilidad, no debe entenderse como un retorno indeseable a la confusión de ambas esferas y de sus respectivos métodos de análisis, sino como la respuesta obligada ante la presencia de este especial vínculo que las liga, vínculo que se torna claro cuando se considera a la estabilidad como una propiedad disposicional.

4. *Conclusión*

El trabajo de Garzón contiene muchas ideas importantes y de gran potencial para la discusión filosófica. Me he centrado en su tesis sobre las relaciones entre la legitimidad y la estabilidad no

sólo porque la considero vertebral, sino por razones de inquietudes intelectuales profundas. Recibí el trabajo que estoy comentando mientras daba fin a un artículo que intenta efectuar la revisión crítica de las soluciones al dilema del Prisionero. Sentía una cierta melancolía al comprobar que las soluciones estables eran fatalmente no-cooperativas en lugar de ser cooperativas como yo hubiera deseado. Después de leer el trabajo de Garzón, veo que la estabilidad no siempre se encuentra donde uno piensa que legítimamente debería estar, y esto representa un bello desafío.

Volviendo a Goodman, citado por Garzón, no creo que la función del filósofo sea la de tornar aburrido lo que todavía es suficientemente oscuro como para ser intrigante, sino que es la de despertar el carácter intrigante que siempre se oculta tras lo que muchos consideran ya como irremediablemente aburrido.

Y en esto radica el nada banal éxito de Garzón con su trabajo.

REFERENCIAS

Savage, L. J., y otros (1970), *The Foundations of Statistical Inference-A Discussion*, London: Methuen & CoLTD.

Togerson, W. S. (1958), *Theory and Methods of Scaling*. New York: John Wiley.

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A H. L. A. HART

1.

A diferencia de la mayoría de los filósofos del Derecho, usted inició su contacto profesional con el Derecho como jurista práctico. ¿En qué medida fue importante, para su posterior trabajo teórico, su actividad como abogado en Londres durante los años treinta?

Si quisiera responder brevemente a esta pregunta diría que si no hubiera ejercido como abogado, como lo hice durante los años 1932-1940 en Londres, nunca habría llegado a ser jurista, o al menos no habría escrito o me habría preocupado de la teoría o de la filosofía del Derecho. Para hacer inteligible esta respuesta a los lectores españoles, tendré que hablar de mi educación durante los años 1926-1930 como estudiante en Oxford, así como de mi último período como profesor de filosofía en Oxford durante los años comprendidos entre 1946 y 1953.

No fui estudiante de Derecho, sino de historia y filosofía antigua y moderna. Durante mi juventud era frecuente en Inglaterra (aunque ahora lo es menos), para quienes pretendían -como yo hice en principio- ejercer la profesión de abogado, estudiar en la Universidad alguna materia distinta de la de ciencias naturales. En efecto, la mayoría de los más prestigiosos abogados y jueces ingleses hicieron esto, y, como consecuencia, al igual que yo, no obtuvieron grado de licenciatura en Derecho o educación jurídica universitaria. En lugar de ello, nos habilitamos después de abandonar la Universidad como abogados ejercientes mediante un período de tiempo de estudio personal relativamente breve, para superar el, por entonces, no demasiado riguroso examen exigido para ejercer la profesión. Mientras ejercía como abogado pensaba que esa sería mi ocupación durante toda mi vida, sin plantearme el llegar a ser profesor de universidad. No obstante, desde mi época de estudiante, y en mis ratos libres, continuaba interesándome de manera no profesional en el estudio de la filosofía (que desde entonces me había fascinado) y

especialmente en los principales temas que la filosofía del lenguaje había desarrollado durante esa época. Cuando en 1940 abandoné el ejercicio de la abogacía e ingresé durante la guerra en el Servicio de Inteligencia Británico, empecé a darme cuenta de que mis verdaderos intereses no estaban en la práctica del Derecho, sino en la filosofía. Este sentimiento creció durante la guerra al haberme relacionado con filósofos de Oxford, Ryle y Hampshire entre ellos, que estaban también trabajando en la Inteligencia Británica.

De este modo, cuando acabó la guerra en 1946 no volví al ejercicio práctico de la abogacía, sino que acepté un puesto en Oxford (donde se había iniciado mi interés y preparación como estudiante de filosofía) para enseñar filosofía. Allí, como profesor ayudante, tomé parte en las habituales discusiones de otros filósofos de Oxford que asistían a un seminario semanal informal, grupo dirigido por el fallecido profesor J. L. Austin. Entre las diversas materias que discutimos bajo la guía estimulante de Austin, estaba el concepto general de las reglas de conducta, que intentamos clarificar al considerar diferentes sistemas de reglas jurídicas y no jurídicas (por ejemplo, reglas de juegos, de clubes, etc.), así como al considerar el significado de las diversas expresiones («seguir», «obedecer», «aplicar») usadas en relación con reglas, y al identificar las diferencias entre sus diversas funciones, como las de determinar la validez de las transacciones (por ejemplo, los contratos o transmisiones de la propiedad, o la legislación) contrastadas con las de la imposición de deberes u obligaciones o las de concesión de derechos.

Durante el desarrollo de estos debates, al igual que durante las discusiones con algunos de mis más brillantes estudiantes de Oxford, pude darme cuenta de que los métodos de análisis y determinadas distinciones subrayadas por filósofos ingleses de esa época podrían aplicarse con provecho para un estudio filosófico del Derecho. Esto fue cierto sobre todo con la idea general de que la misma forma de las expresiones y las mismas estructuras gramaticales podrían referirse a fenómenos entre los que existen a menudo complejas relaciones y numerosas diferencias irreductibles. Comprender que esto era así me sirvió para esclarecer muchas de las características del Derecho que habían sido oscurecidas (o al menos no reveladas) por la tradicional jurisprudencia académica inglesa impartida por abogados que habían tenido poco o nada que ver con la filosofía. Dicho brevemente, la importancia general de mis ocho años de práctica jurídica para mi posterior trabajo como filósofo del Derecho, consistió principalmente en la adquisición de un conocimiento detallado

de algunas ramas del Derecho como objeto de reflexión filosófica, lo que pude llevar a cabo aplicando algunas distinciones útiles y técnicas filosóficas. De este modo, mi trabajo como filósofo del Derecho fue en cierta manera el producto de una fusión entre las diversas ideas filosóficas que estaban vigentes y el conocimiento del Derecho que había adquirido en la práctica.

2. *Como usted ha dicho, durante la guerra no sólo conoció personalmente a G. Ryle y S. Hampshire, sino que intervino activamente en los seminarios organizados por Austin, en los que participaron, entre otros, filósofos como J. O. Urmson, F. Waissman, G. A. Paul, Woozley, Hare, Strawson, G. y M. Warnock, Ph. Foot, A. M. Honoré, etc. Esta actividad filosófica le fue muy útil para pergeñar su teoría del Derecho. ¿Qué problemas filosóficos considera que deberían incluirse en los planes de estudio de una Facultad de Derecho?*

Parte de mi respuesta a esta pregunta está implícita en mi contestación a la primera. Realmente pienso que el estudio de la filosofía es de gran importancia, no solamente para los juristas académicos, sino para quienes tienen la intención de ejercer la práctica jurídica. El estudio de la filosofía junto a otras materias, y especialmente junto al estudio del Derecho, fomenta la claridad de pensamiento y expresión, y desarrolla cualidades analíticas y críticas que se pueden aplicar libremente a otras disciplinas. El estudio de la filosofía agudiza las facultades de la argumentación sobre cualquier problema. Así, desearía que se incluyeran en los programas exigidos, tanto para ser profesor como abogado en ejercicio, un curso breve y elemental de lógica simbólica moderna y un curso algo más extenso sobre los problemas básicos de la filosofía moral y política. Para los estudiantes ingleses los temas esenciales de este último curso consistirían en el análisis de problemas concretos acerca de la naturaleza de la autoridad política, tal y como Hobbes, Locke, Hume y Rousseau intentaron responder, así como la evaluación de sus diferentes respuestas.

3. *En 1952, A. L. Goodhart se retiró de su cátedra de Jurisprudencia (teoría del Derecho) en Oxford.Usted fue elegido para sustituirle, pero no fue hasta 1961, con 54 años, cuando escribió su principal obra,* El concepto de Derecho. *Antes había publicado varios artículos, pero ninguno de ellos se incluyó en su obra de 1961. ¿Podría describirme el proceso de su gestación?*

La formulación de esta pregunta es confusa al sugerir que ninguno de mis escritos publicados antes del *Concepto de Derecho* se incluyeron en ese libro. Es cierto que no reproduje el texto de mis escritos anteriores, pero muchas de las tesis centrales de mi libro fueron expuestas en mi *Holmes Lecture* («El positivismo y la separación entre Derecho y moral») pronunciada en Harvard en 1957. En esa conferencia sostuve una crítica general de las teorías imperativas del Derecho y de la doctrina austiniana de la soberanía. En esa conferencia también argumenté a favor de la separación conceptual entre el Derecho y la moral y subrayé la «textura abierta» de numerosas reglas jurídicas, con la subsiguiente necesidad para los Tribunales de ejercer una limitada función creativa del Derecho o «discrecionalidad». En mi primera conferencia inaugural en Oxford («Definición y teoría en la jurisprudencia») anticipé dos tesis que se incluyeron en *El concepto de Derecho*. Allí subrayé la inutilidad de las formas convencionales de la definición en la clarificación de numerosos conceptos, así como la importancia de reconocer que existían diferentes tipos de reglas que regulaban el comportamiento, entre las que se daban importantes diferencias lógicas.

Por lo que se refiere al proceso de gestación de mi obra, las principales tesis de *El concepto de Derecho* fueron en cierto sentido un producto secundario de mis primeras conferencias como profesor de teoría del Derecho en Oxford. En esa época (1953), el único trabajo teórico original de teoría del Derecho con el que los estudiantes ingleses de Oxford estaban familiarizados era *The Province of Jurisprudence Determined*, de Austin (1832), aunque existían numerosos libros de texto secundarios de teoría del Derecho que eran utilizados en la docencia. Estos libros resumían normalmente lo que se consideraban los principales temas de la asignatura y las principales doctrinas acerca de la naturaleza del Derecho sostenidas por Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino y Hobbes. Mis primeras conferencias en Oxford para los estudiantes de Derecho fueron sobre Austin, y al examinar sus doctrinas encontré natural introducir los métodos de investigación y análisis de los conceptos con los que yo me había familiarizado en filosofía, al igual que relacioné el objeto del Derecho no solamente con la moral, sino en general con la estructura normativa de las reglas que regulan el comportamiento en distintos contextos.

En estas primeras conferencias, mi crítica principal a Austin constituyó eventualmente el objeto del capítulo primero de *El concepto de Derecho*, aunque amplié pronto esta pretensión para incluir la totalidad de las tesis fundamentales de *El concepto*

de Derecho. La gestación de mi libro a partir de una serie de conferencias impartidas a los estudiantes puede sorprender a los lectores españoles, pero esto es muy característico de los estrechos vínculos entre la ensenanza y la investigación y los textos que se escriben, habiendo sido siempre una característica esencial (y en mi opinión muy meritoria) del trabajo académico en Oxford.

4. *¿Revisaría algunas de las tesis mantenidas en* El concepto de Derecho? *¿Cuáles cree usted que han sido las críticas más afortunadas que se le han formulado? ¿Tiene intención de publicar una «reply to critics»?*

Hay ciertamente partes de *El concepto de Derecho* que reconozco la necesidad de que sean corregidas y reescritas. Soy, siento decirlo, un escritor algo descuidado, existiendo numerosos ejemplos en mis libros en los que he expresado mis puntos de vista de un modo inadecuadamente ambiguo o demasiado impreciso. La mayor parte de estos fallos en mi exposición conciernen de modo relativo a cuestiones de detalle, pero existen algunos problemas de mayor importancia en los que mi exposición no es solamente confusa, sino incompleta e inconsistente.

El problema más importante se refiere a la obligación jurídica. La principal fuente de mi error consiste aquí en la teoría que sostuve en el capítulo dos, sección segunda (págs. 83 y sigs.) de la idea general de obligación. Entre otros errores subsidiarios, esta teoría analiza equivocadamente todo tipo de obligación como si surgiera de reglas sociales que son aceptadas por la mayoría de los miembros de un grupo social como guías de conducta y pautas de crítica, manteniéndose por exigencias generales de conformidad y presión sobre quienes se desvían o amenazan con desviarse. Como es obvio, tal teoría podría ajustarse solamente, en el mejor de los casos, a aquellas obligaciones que surgen de reglas de tipo consuetudinario en lo que he llamado un sistema de reglas primarias. Pero como intenté demostrar en el resto del libro, en un sistema jurídico desarrollado, donde hay tribunales, poder legislativo y reglas secundarias constitucionales de reconocimiento y cambio, las obligaciones jurídicas surgen también con frecuencia de un tipo de reglas legales emitidas por un poder legislativo y aplicadas por los tribunales. Tales reglas promulgadas pueden no ser aceptadas por los miembros de una sociedad y pueden no ser apoyadas por la presión social general sobre quienes se desvían o amenazan con desviarse. No obstante, son reconocidas por los tribunales como reglas válidas del sistema jurídico,

teniéndolas que aplicar en los casos que se presenten ante ellos, ya que satisfacen los criterios de validez provistos por la regla secundaria de reconocimiento aceptada por los tribunales y funcionarios del sistema. Pero mi teoría de la obligación en *El concepto de Derecho* no ofrece ninguna explicación de cómo surgen las obligaciones jurídicas de las reglas jurídicas promulgadas, siendo incompleta la teoría de la obligación que sostuve en un sistema de reglas primarias consuetudinarias.

Por consiguiente, tengo que presentar una nueva teoría de la idea general de obligación y sus principales rasgos, tal y como sigue. Lo que es necesario para establecer reglas que imponen obligaciones, incluso en un régimen simple de reglas de tipo consuetudinario, no consiste simplemente en que las reglas deban ser apoyadas de hecho por una presión social y exigencia general de conformidad, sino que *se debería mayoritariamente* aceptar que esas reglas son respuestas legítimas a las desviaciones, en el sentido de que son exigidas o al menos permitidas por el sistema. De este modo, la presión y las exigencias no serán simplemente consecuencias predecibles de las desviaciones, sino consecuencias normativas porque son legítimas en este sentido. Ahora considero que esta idea de una respuesta legítima a la desviación en la forma de exigencias y presión para la conformidad es el componente central de la idea de obligación. Esto no destruye la distinción entre una persona que está simplemente «obligada» para comportarse de cierto modo debido a que la demanda y la presión social son la consecuencia probable de la desviación, y «tener una obligación» de hacer algo debido a que tales demandas y presión estén permitidas o sean exigidas, y, por tanto, legitimadas. Esta idea también refleja el punto de vista interno de quienes aceptan las reglas que permiten o exigen tales respuestas.

Esta nueva teoría de la obligación en un sistema simple de reglas de tipo consuetudinario se puede extender a los casos más complejos de un sistema jurídico desarrollado, en el que las obligaciones jurídicas son impuestas por reglas de tipo legal emitidas por una legislatura. Tales reglas pueden no ser aceptadas en términos generales por los miembros de una sociedad, sino que son reconocidas como las reglas válidas del sistema jurídico por los tribunales que aplican las reglas secundarias de reconocimiento de los sistemas, las cuales suministran los criterios de validez que identifican las reglas que los tribunales tienen que aplicar a los casos con los que se enfrentan. Las reglas promulgadas que imponen obligaciones no necesitan y no están normalmente apoyadas por una presión social general, sino que están apoyadas por reglas subsidiarias que permiten o exigen a los

funcionarios responder a la desviación con demandas o medidas coercitivas para asegurar la conformidad. Estas respuestas no serán simplemente consecuencias predecibles de la desviación (y en efecto, pueden no ser siempre predecibles), sino que serán respuestas legítimas a las desviaciones que se exigen o se permiten llevar a cabo a los funcionarios. Esto refleja el punto de vista interno de los funcionarios que aceptan las reglas secundarias de reconocimiento como identificadoras de las reglas que los tribunales tienen que aplicar a los casos que se les presentan.

Las críticas más plausibles que se han hecho a *El concepto de Derecho* son aquellas que señalan los errores de mi teoría de la obligación que he intentado explicar aquí, y tengo una inmensa deuda con los críticos que me han puestos de manifiesto el error de mis puntos de vista. Pero tengo mis dudas sobre si la nueva teoría presentada aquí les dejará satisfechos. Porque aunque es una nueva teoría, todavía es compatible con los puntos de vista que he mantenido siempre, ya que la mayoría de mis críticos rechazan la idea de que el concepto de obligación jurídica sea moralmente neutral, o que las obligaciones morales y jurídicas sean conceptualmente distintas. En los términos de mi nueva teoría, las obligaciones jurídicas existen cuando las demandas y la presión social están legitimadas por reglas jurídicas positivas, mientras que las obligaciones morales existen cuando están legitimadas por reglas o principios morales. Aunque lo que es jurídicamente obligatorio puede *ser también* y es a menudo moralmente obligatorio, sus conexiones, cuando sucede así, no son necesarias ni conceptuales, sino contingentes. De este modo, un hombre puede tener una obligación jurídica para comportarse de cierta forma cuando no existe razón moral alguna para hacerlo y buenas razones morales para actuar de forma contraria.

Pienso que la mayoría de mis críticos consideran que si abandonase simplemente mi punto de vista de que el concepto de obligación jurídica es moralmente neutral, podría ofrecer una teoría normativa inteligible de la obligación, sosteniendo que es inútil insistir en la idea de que un hombre tiene la obligación jurídica de comportarse de cierto modo cuando no existen incluso razones morales *prima facie* por las que debería actuar así.

No obstante, creo que mis críticos están equivocados en este punto. El fin de una teoría de la obligación jurídica (y en realidad de una teoría descriptiva del Derecho en general) consiste en ofrecer una versión esclarecedora descriptiva de un tipo específico de institución social, descripción que suministrará con claridad determinadas características fundamentales de tal institución, que dada la condición humana general, son de importancia

universal. Una concepción moralmente neutral de la obligación jurídica sirve para indicar los casos en los que el Derecho restringe o permite la restricción de la libertad individual. El hecho de que las normas jurídicas sean moralmente buenas o malas, justas o injustas, son cuestiones clave que exigen de los seres humanos en tanto que tales una atención de capital importancia. Así, no es cierto, como mis críticos pretenden, que una teoría de la obligación puede tener sentido solamente si la obligación supuesta tiene algún fundamento moral. Claro está que quienes, como el profesor Dworkin, consideran a la jurisprudencia o a la teoría jurídica como una rama de la teoría moral preocupada en formular por qué y bajo qué condiciones está justificada la coerción de las pautas jurídicas, rechazarán necesariamente el concepto moralmente neutral que he intentado analizar aquí. Pero no vislumbro ninguna razón aceptable para sostener que la jurisprudencia y la teoría jurídica deban presentarse bajo esta forma moralmente justificativa.

5. *En 1968 usted se retiró como profesor de la Universidad de Oxford, aunque siguió colaborando y dictando conferencias. Es obvio que, cuando fue sustituido en su cátedra de teoría del Derecho por el profesor Dworkin -y, me imagino que con su apoyo- usted ya conocía que su modelo teórico del Derecho distaba mucho de su concepción expuesta en* El concepto de Derecho. *¿Consideró positivo este giro teórico? ¿Cómo valora e interpreta su última versión expuesta en* Law's Empire?

Me agradó mucho que el profesor Dworkin fuera designado mi sucesor como profesor de teoría del Derecho en Oxford, aunque yo no tuve ninguna participación en su designación, ya que a los titulares de plazas en Oxford no se les permite emitir su opinión en la selección de sus sucesores. La gran capacidad de Dworkin, su fértil y original energía intelectual son manifiestas en todas sus obras publicadas, lo que ha estimulado a muchos filósofos del Derecho a examinar críticamente sus propias teorías y las presunciones sobre las que se fundamentan. Creo que su principal logro consiste en haber demostrado cómo gran parte de los sistemas jurídicos ingleses y americanos se pueden analizar fructíferamente como si cada uno de estos sistemas fueran el resultado de un único autor coherente y consistente, preocupado por llevar a cabo en el Derecho una específica moralidad política singularmente liberal, en el sentido de que trata a todos los individuos como moralmente legitimados para una igual consideración, considerando a los derechos básicos individuales

como elementos prioritarios sobre los valores colectivos. Lo que nos diferencia es que Dworkin, en contra de mi punto de vista, considera a los principios que están próximos tanto a la moralidad política liberal como al Derecho positivo histórico de nuestros países, como parte del Derecho considerados en sí mismos, no solamente cuando han sido explícitamente incorporados al Derecho por la Constitución, la legislación o mediante decisiones judiciales vinculantes, sino incluso cuando no han sido incorporados al Derecho o cuando nadie los ha utilizado previamente o pensado en ellos como Derecho. En este caso, según Dworkin, esos principios son Derecho «implícito», aunque menos obligatorios que el Derecho explícito. En su último trabajo, «Law's Empire», este Derecho implícito no es simplemente denominado, como lo era en su trabajo anterior, la «teoría más consistente del Derecho», sino Derecho en un sentido interpretativo, sobre la base de que en realidad, el único medio idóneo y útil para comprender e interpretar, y así describir el Derecho, es mostrarlo en su aspecto moral mejor justificado. Esta mezcla de elementos descriptivos y evaluativos, según Dworkin, es lo que hace que la interpretación también figure en otras disciplinas como la literatura. Este enfoque «interpretativo» del Derecho me parece que perpetúa viejas confusiones entre el Derecho y las pautas de la moral que se pueden usar en la crítica del Derecho, o como guías para los tribunales en aquellos casos difíciles en los que el Derecho explícito no puede dictar una decisión, o cuando existe una laguna jurídica que pueda ser suplida por decisiones judiciales creativas. Los filósofos del Derecho de la tradición positivista han criticado siempre esta confusión, sobre la base de que el rango y la autoridad de las normas como Derecho deriva normalmente de su fuente de producción (por ejemplo, una promulgación legislativa o una decisión judicial), sobre cuya identidad existe un consenso general o acuerdo compartido, al menos por los jueces del sistema. Dworkin no reconoce la importancia de tal consenso judicial e incluso acepta la posibilidad de un único juez interpretando el Derecho de un modo creativo sin intentar coordinar su interpretación con la de otros jueces. Esta indiferencia ante la necesidad de un consenso entre los jueces para determinar los criterios del Derecho válido y para las interpretaciones judiciales colectivas me parece uno de los principales defectos de la teoría de Dworkin; porque tal consenso es de vital importancia si se tiene que evitar la incoherencia de las decisiones de los jueces consideradas en su totalidad, y si se considera al Derecho como una guía coherente para los ciudadanos que les capacitará para coordinar sus actividades y comportamiento.

Dworkin, en su amplia crítica del positivismo jurídico, atribuye la importancia dada por el teórico positivista al acuerdo y consenso judicial como criterios del Derecho válido a una teoría errónea del significado o teoría «semántica». Según la versión de Dworkin de esta teoría, tiene que haber acuerdo para tales criterios, porque si no existiera, el término «Derecho» significaría cosas diferentes para diferentes individuos, y al usar tal término se estaría hablando sin referirse a la misma cosa. En tales circunstancias, no podría existir argumento inteligible o desacuerdo acerca de lo que es el Derecho de un sistema jurídico particular o considerado en términos generales. Sólo me cabe decir que nunca pasó por mi cabeza tal teoría semántica, y que mi teoría de la regla de reconocimiento no descansa en el significado de la palabra «Derecho» o en una teoría del significado. Se apoya en consideraciones acerca de la necesidad de un consenso judicial como criterio de validez del Derecho, y en la exigencia de que deberían existir interpretaciones comunes entre los jueces, tal y como he explicado anteriormente.

Dworkin rechaza las principales tesis de *El concepto de Derecho*, aunque debería haberse dado cuenta de que estamos comprometidos en empresas intelectuales diferentes y que tenemos concepciones radicalmente diferentes sobre lo que la teoría jurídica y la jurisprudencia son o deberían ser. Mi propósito ha consistido en ofrecer una teoría de lo que es el Derecho desde un punto de vista general y descriptivo. Es general en el sentido de que no se refiere a ningún sistema o cultura jurídica particular, sino que pretende exponer una teoría clarificadora del Derecho entendido como una forma compleja de una institución social de carácter normativo o gobernada por reglas que, en diferentes culturas y épocas, ha tomado la misma estructura y expresión genérica en lugar de presentarse de manera diversa, aunque las múltiples confusiones y los mitos obscuros que le han acompañado exigen una clarificación y análisis. Mi teoría es descriptiva en el sentido de que es moralmente neutral y además no tiene propósitos justificativos; no pretende justificar o legitimar sobre fundamentos morales las formas y estructuras que aparecen en esta teoría general del Derecho, ya que una comprensión clara es, creo, una tarea previa indispensable para cualquier crítica moral plausible de los sistemas jurídicos. Además, a diferencia de Dworkin, cuya teoría es en esencia una teoría de la adjudicación expuesta como una teoría del Derecho, mi teoría no pretende exponer lo que es el Derecho en cualquier sistema jurídico particular sea cual fuere, ni guiar la decisión judicial.

Dworkin cree que tal jurisprudencia general y descriptiva

tiene un papel menos importante. Así, dice que las teorías generales del Derecho son «para nosotros interpretaciones de nuestra práctica judicial»[1] y que «las teorías interpretativas se dirigen por su naturaleza a una cultura jurídica particular»[2]. De manera similar, piensa que una teoría jurídica puramente descriptiva no tiene utilidad alguna. Su propia versión interpretativa de la teoría jurídica combina la evaluación y la descripción, e insiste en que «las teorías útiles del Derecho son interpretativas»[3], habiendo escrito antes que «la simple distinción entre descripción y evaluación ha debilitado la teoría jurídica»[4]. Seguramente, este punto de vista peyorativo de la teoría jurídica descriptiva y general es excesivamente estrecho y exclusivamente preocupado por la exposición de argumentos discutibles para mostrar cómo el Derecho de las comunidades particulares contribuye a la justificación moral del uso de la fuerza colectiva. Esto rechaza la necesidad de una teoría analítica del Derecho descriptiva y explicativa, que sirva para responder preguntas, resolver perplejidades y disipar malentendidos acerca de la naturaleza general del Derecho surgidos de los sistemas jurídicos desarrollados y reflejados por los hombres en sus conocimientos jurídicos. Tal tipo de preguntas no se refieren a la justificación moral del Derecho, sino a la estructura e interrelaciones de las reglas y los principios jurídicos, así como al uso correcto de la coerción y la moral. Entre tal tipo de cuestiones están las que, aunque de modo imperfecto, intenté contestar en mi *Concepto de Derecho*.

6. *Usted conoció personalmente a Kelsen, con quien tuvo un célebre debate en 1967. Si se pudiera establecer un balance comparativo entre Kelsen y, Bentham, salvando las distancias de tiempo y contexto, ¿a quién cree que se le debería dar mayor importancia en la historia de la filosofía del Derecho?*

Tengo mis dudas sobre si Bentham fue el jurista analítico más importante del siglo XIX y Kelsen del XX. Pero ellos difieren tanto en sus pretensiones como juristas, como entre quienes deseaban influir, así como en su manera y estilo de argumentar y en sus mejores aciertos y peores equivocaciones, que son virtualmente inconmensurables. Por consiguiente, no pienso que un juicio de sus méritos comparativos considerados globalmente

[1] *Law's Empire*, pág. 410 (Fontana Press, 1986).

[2] *Op. cit.*, pág. 102.

[3] *Ibíd*.

[4] *A Matter of Principle*, pág. 147 (Harvard University Press, 1985).

tenga sentido, o sea útil; en lugar de ello, intentaré identificar primero algunas tesis importantes mantenidas en común por estos dos grandes juristas; después expondré lo que en mi opinión fueron sus últimas y más importantes contribuciones a la teoría jurídica así como sus empresas de menor éxito en este ámbito.

El rasgo común más evidente de sus obras consiste en su amplia extensión e importancia. Kelsen escribió con profusión sobre filosofía del Derecho, Derecho constitucional e internacional, filosofía moral y teoría política. El ámbito de las obras de Bentham no incluye solamente todas estas materias sino que se extiende con mayor amplitud para abarcar estudios detallados sobre temas de gramática, lingüística, lógica, falacias, instituciones para el auxilio de la pobreza, modelos de prisiones, el cristianismo como iglesia de Inglaterra, control de natalidad, la usura y otras muchas cuestiones. En el ámbito de la teoría jurídica, tanto Bentham como Kelsen deben clasificarse como positivistas, teniendo en cuenta la unión de dos doctrinas importantes que mantenían en común. Ambos creyeron en la importancia y posibilidad de una teoría general del Derecho descriptiva. Tal teoría, como expliqué en mi respuesta a la pregunta número cuatro, no tiene por objeto el Derecho de cualquier comunidad cultural particular, sino la clarificación de las características principales del Derecho entendido como una institución social compleja que ha tomado la misma forma en diferentes culturas y épocas, y no tiene por objeto la justificación o evaluación moral del Derecho. En segundo lugar, Bentham y Kelsen sostuvieron la tesis central positivista de que la existencia del Derecho es una cuestión social de hecho y que no existen conexiones necesarias (aunque muchas contingentes) entre el Derecho y la moral. Ambas tesis se opusieron de este modo a las doctrinas tradicionales del Derecho natural y subrayaron la necesidad de mantener clara la distinción entre el Derecho que es y el Derecho que debería ser. Kelsen se adhirió a este punto de vista, incluso cuando sostuvo que el Derecho es una institución social con un aspecto normativo. El cuarto rasgo común del trabajo de estos dos autores es que ambos, por razones diferentes, son de difícil lectura. En el caso de Kelsen, la razón es que mezcla, junto a grandes planteamientos, mucha oscuridad en la expresión, así como alguna equivocación, de modo que sus críticos han diferido profundamente sobre el significado de partes cruciales de sus doctrinas. La dificultad de leer a Bentham surge del hecho de que, a pesar de las audaces y esclarecedoras generalizaciones que hace a menudo, estuvo obsesionado por detalles y ajustes a esquemas complejos de divisiones y subdivisiones. Como se ha dicho, tuvo

«obsesión» por la clasificación y esto lo aplicó a materias tales como la diversidad de los placeres y penalidades humanas, las diferentes condiciones sociales, y, de otro lado, la influencia de la sensibilidad humana hacia ellos. Su capítulo clasificando delitos civiles y penales así como los intereses humanos señalados para ser protegidos, descritos de un modo minuciosamente detallado, ocupan una tercera parte de un libro de 300 páginas. Bentham era consciente de las dificultades de seguir este esquema clasificatorio y habló de la «fatiga de caminar por él».

ACIERTOS

Pienso que el mayor acierto de Kelsen como jurista consistió en haber insistido en que todos los análisis reduccionistas de los enunciados jurídicos (enunciados de derechos y deberes) se deben rechazar, mientras que se debe mantener su pleno carácter normativo. Este punto de vista sobre el carácter esencialmente normativo de los enunciados jurídicos lo combinó con la firme aceptación del punto de vista de que no existe conexión necesaria entre el Derecho y la moral. La reconciliación de estas dos doctrinas aparentemente conflictivas, que implica dos modos diferentes de formular o aceptar la norma básica de Kelsen, tiene un poder de análisis penetrante y provee los elementos esenciales de una explicación acerca de cómo se puede describir el Derecho en términos de derechos, deberes y validez, incluso por alguien que no cree en su fuerza moralmente vinculante. En mi opinión, esto fue un gran avance de la teoría jurídica, y ha sido explicado con gran claridad por Raz en términos de una distinción valiosa entre enunciados jurídicos «committed» (vinculados) y «detached» (neutrales). Los primeros son enunciados normativos emitidos por quien cree que tienen fuerza vinculante[5] mientras que los segundos son enunciados emitidos desde el punto de vista de quien toma en cuenta la creencia en su fuerza moralmente vinculante, aunque de hecho no comparte necesariamente tal creencia. Estos últimos son característicos de los enunciados normativos emitidos no por un ciudadano individual privado, sino por un

[5] Mi opinión es diferente; a mi juicio, los «enunciados jurídicos vinculados» («committed») son emitidos por quienes aceptan las reglas jurídicas como guías y pautas de crítica de la conducta, aunque no es necesario que crean en su vinculatoriedad moral. Los «enunciados jurídicos neutrales» («detached») son, pienso, emitidos desde el punto de vista de quienes aceptan las reglas jurídicas, aunque sin compartir tal aceptación.

jurista que describe en términos normativos el contenido del Derecho de su propio sistema jurídico vigente o de algún sistema jurídico histórico o extranjero. Esto explica cómo es que los enunciados normativos que describen el Derecho pueden ser emitidos consistentemente por un jurista, incluso -como Kelsen dijo- si es anarquista. Kelsen oscurece algunas veces esta explicación del lenguaje normativo usado por el jurista al describir el Derecho en términos normativos, diciendo que el teórico presupone la norma básica «como una ficción».

El mayor acierto de Bentham como teórico creo que se encuentra en sus originales, brillantes e importantes contribuciones a la lógica y la teoría del lenguaje, y a la identificación de las confusiones y falacias que pueden surgir de las diversas formas de la comunicación humana. La principal de ellas fue su elaboración y posterior desarrollo de la obra de teóricos anteriores de lo que llamó la Lógica de la Voluntad. En realidad, se trata de una lógica de los imperativos que estudia las relaciones lógicas de compatibilidad e incompatibilidad entre mandatos, prohibiciones, permisos para hacer algo y permisos para abstenerse de hacer algo. La Lógica de la Voluntad de Bentham le obliga a sostener que no existen normas que no sean o imperativos (mandatos o prohibiciones) o permisiones. Aunque no comparto esta teoría imperativa del Derecho, tengo claro que la teoría de Bentham es, a gran distancia, la más profunda que haya sido desarrollada por un filósofo o jurista. También fue consciente de que ese carácter imperativo del Derecho no se exterioriza con frecuencia de este modo, aunque dijo a menudo que está «oculto a la simple aprehensión». Muchas veces el Derecho tal y como se presenta en las leyes, códigos y tratados no está formulado en lenguaje imperativo, sino que aparece, como Bentham dijo, en «apariencia descriptiva». Esto es cierto, por ejemplo, en las disposiciones normativas que definen las condiciones que constituyen un título idóneo de propiedad o que determinan quién tiene el poder para conferir las competencias de los funcionarios públicos; pero Bentham argumenta con gran ingenuidad y plausibilidad que bajo esta superficie de apariencia descriptiva del Derecho existe siempre una estructura imperativa subyacente. Para demostrar esto, Bentham desarrolla su doctrina de la identificación de las normas que está entre sus contribuciones más originales a la teoría analítica del Derecho[6].

[6] Véase también mis *Essays on Bentham*, cap. V (Claredon Press, Oxford, 1982).

ERRORES

Los errores más serios de Kelsen creo que subyacen en su doctrina que sostiene que las normas válidas no pueden estar en conflicto y que todas ellas forman necesariamente un único sistema. Esto fue la base de su denominada «teoría monista» (de la que dijo que era «inevitable») según la cual el Derecho internacional y todos los sistemas jurídicos estatales forman necesariamente un único sistema. Es cierto que en el último tramo de su vida (1962) Kelsen vino a admitir la posibilidad lógica de normas válidas conflictivas, pero nunca rechazó o intentó moderar su teoría monista del Derecho internacional y estatal.

Kelsen desarrolló numerosos y variados argumentos en apoyo de su teoría monista, aunque todos ellos me parece que no tienen éxito, y en realidad, incorporan algunas falacias importantes. Su error central consistió en lo que denominaré su «obsesión por el contenido»; esto le condujo a intentar determinar la cuestión sobre si las normas pertenecen al mismo o a diferentes sistemas únicamente mediante un análisis de su contenido. Este error disminuye su interés debido a que el Derecho internacional contiene el llamado principio de efectividad (que intenta legitimar o validar los sistemas coercitivos individualizados del Derecho eficaz de los diferentes territorios) para demostrar que, bajo una versión del monismo, los Derechos estatales derivan su validez del Derecho internacional constituyendo juntos un único sistema. Pero la única conclusión que se puede derivar de estos hechos es que, teniendo en cuenta los propósitos y según el Derecho internacional, la tesis de que los Derechos estatales y el Derecho internacional forman un único sistema no es algo que se pueda demostrar. Estos argumentos de Kelsen no son mejores que el argumento que sostiene que si las Cortes españolas promulgan una norma que afirma la validez de todas las normas de Gran Bretaña, de aquí se puede derivar que en realidad el Derecho español e inglés forman parte de un único sistema, y no simplemente que según el Derecho español, y de acuerdo con los fines del Derecho español, esto es así.

Se suele decir que un genio puede cometer un error realmente esclarecedor, y del error de Kelsen se puede derivar ciertamente una lección importante. La lección consiste en que si una norma dada (norma B) deriva realmente su validez de otra norma (A) que pretende validar la anterior formando con ella parte del mismo sistema, esto no depende solamente de la relación de «pretensión de validación» respecto de su contenido, sino de si las Cortes o las instituciones que identifican el Derecho del país

donde se reconoce a la norma B como Derecho considera a la norma A como la razón para reconocer a la norma B como Derecho[7].

En mi opinión, la mayor equivocación de Bentham consistió en su análisis del concepto de los derechos individuales que no son creados por el Derecho positivo. Es cierto que la doctrina de los derechos humanos, naturales o fundamentales como límites morales a los poderes del Estado ha sido expuesta a menudo, como Bentham argumentó en su obra «Anarchical Fallacies», en términos confusos y extravagantes, tanto en las obras teóricas como en las diversas declaraciones de los derechos humanos planteadas ante los Estados o adoptadas por ellos. Pero la crítica de Bentham de los derechos no jurídicos va más allá. Los excesos del Terror en la Revolución Francesa parece que causaron temporalmente cierto desequilibrio en el ponderado juicio habitual de Bentham, de modo que sostuvo realmente la tesis de que la publicación de documentos que afirmasen la existencia de derechos morales o naturales contra el Estado debería considerarse delito. De hecho, la idea general de que pueden existir derechos que no han sido creados por el Derecho positivo parece haber provocado cierto tipo de furia irrazonable, probablemente porque esta idea amenazaba con poner en cuestión al utilitarismo como una adecuada teoría de la moral.

Bentham sostuvo en algunas ocasiones que un derecho no jurídico era una contradicción semejante a, como llegó a decir, «un hijo que nunca hubiera tenido un padre» o «un frío caluroso», aunque no ofreció prueba alguna del carácter autocontradictorio de los derechos no jurídicos. También rechazó la idea de los derechos no jurídicos, y esta vez con mayor acierto, sobre la base de que eran indeterminados, es decir, que no existía criterio o principio que pudiera determinar la existencia de tales derechos.

Este fuerte rechazo de la idea de un derecho que no surge del Derecho es, seguramente, excesiva y ciertamente absurda. A pesar del carácter dudoso que suscita la apelación a los derechos humanos, naturales o no jurídicos como elementos del debate político o en oposición al Derecho, no obstante, los derechos no jurídicos son parte de los juicios morales ordinarios que los individuos hacen de la conducta de otros. Seguramente una promesa crea un derecho moral en la persona a quien se hace la promesa, y si un propietario autoriza a otro a usar su propiedad esto confiere seguramente al último el derecho de hacerlo así. Tales derechos

[7] Véase también mis *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, ensayo núm. 15 (Clarendon Press, Oxford, 1983).

no jurídicos son elementos comunes de la vida cotidiana, pero Bentham no ofrece ninguna explicación de ellos como conceptos consistentes con respecto a su rechazo general de la idea de un derecho no jurídico.

Más importante que esta crítica es la siguiente objeción: si, según Bentham, la existencia de los derechos independientes del Derecho les deja sin ningún criterio o rasgo identificador, ¿por qué no encontró en su propia teoría utilitarista (el principio de mayor felicidad) un criterio suficiente para determinar la existencia de los derechos humanos básicos? Personalmente pienso que existen muchas objeciones a tal teoría utilitarista, aunque es extraño que un pensador de la talla de Bentham hubiera rechazado la idea general de un derecho no jurídico como inútil o carente de sentido sin considerar cuidadosamente las posibilidades de su teoría utilitarista. Es cierto que hay en Bentham insinuaciones dispersas de una teoría que sostiene que los enunciados que afirman que los hombres tienen derechos naturales no jurídicos es una manera oscura de afirmar que por razones de utilidad general se deberían tener ciertos derechos jurídicos. Pero deploró tal lenguaje como peligrosamente confuso y oscuro; las razones, incluso las buenas razones utilitarias para desear que un determinado derecho fuera positivizado, no es, dijo, un derecho en sí mismo, «el hambre no es el pan»[8].

Finalmente me planteo la cuestión de cuál de estos dos autores debería ser considerado más importante para su estudio en una Facultad de Derecho. Aquí distinguiría entre estudiantes de Derecho que no han tenido una preparación previa en filosofía -particularmente en filosofía moral- y estudiantes de Derecho con tal preparación. Para los primeros, les recomendaría seleccionar cuidadosamente parte de las obras de Bentham, debido a la brillantez y gran claridad que mantiene incluso cuando analiza temas abstractos, siendo esto, a mi juicio, de la mayor importancia en la educación de futuros filósofos del Derecho. Para los estudiantes que han tenido preparación filosófica les recomendaría algunos fragmentos de las obras de Kelsen por su profundidad y fuerza, aunque las obras de ambos deberían ser objeto de evaluación crítica, tanto por ser susceptibles de errores como por ser el producto de escritores geniales.

7. *Durante los años sesenta, después de la publicación de* El Concepto de Derecho, *usted se preocupó principalmente de temas relacionados con el Derecho penal, la moral y el castigo*

[8] Véase también mis *Essays on Bentham*, cap. IV.

-«Law, liberty and morality» (1963), «The Morality of the Criminal Law» (1965), «Punishment and Responsibility» (1967)-, manteniendo tesis cercanas a la tradición del utilitarismo liberal. Esto se produjo en un clima de liberalización de las costumbres y de la moralidad privada en Gran Bretaña. ¿Cree usted que estamos asistiendo a una reacción conservadora en temas relacionados con la moralidad privada, especialmente la sexual?

Tengo que indicar a los lectores de mi respuesta a esta pregunta que no he hecho ningún estudio sistemático o estadístico, ni he tenido acceso a ningún informe de este tipo. Por consiguiente, mi respuesta se basa en mis propias opiniones subjetivas, así como en mi propia interpretación de las conversaciones (mantenidas sólo en mi propio país) con numerosas personas de diferente edad, clases sociales, educación y trabajo. También deberían saber mis lectores que mi respuesta puede estar condicionada: he sido socialista durante toda mi vida y seguidor del ala derecha del partido laborista británico, así como defensor de la parcial despenalización de las relaciones homosexuales y del aborto cuando mi partido estaba en el poder.

En mi opinión, es obvio que desde 1979, cuando el actual y extremista gobierno conservador guiado por su intransigente e inflexible líder llegó al poder, declarándose a favor de la restauración de los que se denominan «valores victorianos» así como de la ideología económica del «libre mercado», ha habido un incremento en la *manifestación* de una opinión hostil hacia la moralidad sexual liberal que permite las relaciones sexuales fuera del matrimonio, las relaciones homosexuales y el aborto. Pero esto deja abierta la pregunta crucial acerca de si este aumento de la manifestación de una opinión hostil representa una reacción genuina, en el sentido de un incremento real en el número de quienes creen que tales prácticas no deberían ser moralmente toleradas y, al menos en el caso de las relaciones homosexuales masculinas y en la mayoría de los abortos, no deberían ser jurídicamente permitidas. Una explicación alternativa consiste en decir que no ha habido tal reacción, pero que con un gobierno conservador doctrinario, instalado de un modo firme y prolongado en el poder y comprometido a propagar los «valores victorianos», quienes son hostiles a la moralidad sexual liberal, aunque no incrementen su número, se han manifestado de un modo más ruidoso y descarado, estando dispuestos a expresar en publico su hostilidad hacia la moral liberal presionando para tomar medidas que impidan su difusión.

En última instancia, quizá esta diferencia teórica entre estos

dos tipos de explicaciones de la creciente hostilidad pública puede dejar de tener una importancia práctica, ya que la crítica pública de la moralidad sexual mantenida con profusión, así como de quienes la practican, puede influir eventualmente en la actitud de muchas personas en una dirección conservadora, especialmente de los jóvenes y de quienes hasta ahora no han tenido unos sólidos puntos de vista. Pero la cuestión sobre si ha existido una reacción real, en el sentido que he explicado, contra la moralidad sexual liberal, y la cuestión sobre si ha existido una creciente disposición para expresar hostilidad sobre ciertos aspectos de ella, son separables y una respuesta afirmativa a la segunda de estas cuestiones no implica una respuesta afirmativa a la primera. Yo he ofrecido una respuesta afirmativa incondicional a la segunda cuestión mientras que tan sólo he mantenido una respuesta negativa matizada con respecto a la primera.

Para explicar mis respuestas analizaré brevemente y por separado estas cuestiones en relación con las relaciones homosexuales y las relaciones heterosexuales extramatrimoniales. Durante los años sesenta, en parte debido a la débil influencia de la religión sobre todas las clases sociales de mi país, las relaciones sexuales extramaritales no solamente llegaron a ser frecuentemente comunes, sino que ya no provocan la crítica moral e incluso el simple comentario, especialmente sobre quienes, como sucede a menudo, mantienen una relación estable viviendo juntos en un hogar común. Cuando hay niños de tales uniones, su ilegitimidad, en la mayoría de los casos, no produce ya ningún estigma social serio, existiendo solamente algunos vestigios de incapacidad legal. En todos estos aspectos, el final del período de los años sesenta presenta un contraste muy fuerte con su comienzo, y no veo signos de una reacción o retroceso hacia una mayor moralidad restrictiva de las relaciones sexuales extramaritales.

Las perspectivas de mantener para las relaciones homosexuales los avances que se han conseguido en la moralidad sexual liberal, no pueden valorarse con tanta facilidad o confianza. La despenalización en 1967 de las actividades homosexuales masculinas, aunque sólo de manera parcial (dirigida sólo a los adultos que no sean miembros de las fuerzas armadas y que actúen en privado), liberó a muchos del temor a la sanción jurídica, estimulándoles no solamente para revelar sus tendencias sexuales, sino para luchar contra la discriminación, por ejemplo, en el empleo, y en general, para presionar por la igualdad de trato y respeto respecto de los heterosexuales. La homosexualidad (de ambos sexos) ha llegado a ser mucho más visible en la sociedad

británica. Aunque hace veinticinco años las formas más toscas de intromisión y hostilidad hacia este tipo de relaciones eran muy frecuentes, hoy ya no son comunes, pero pienso que es muy probable que esta creciente manifestación y presión para la igualdad de trato de las prácticas homosexuales (especialmente en materias tales como la admisión en el sacerdocio o las facilidades para las celebraciones religiosas de uniones homosexuales) no solamente han provocado una condena moral más explícita entre quienes siempre han sido contrarios, sino que realmente han conducido a quienes no habían pensado seriamente sobre la homosexualidad o eran simplemente indiferentes hacia este tipo de prácticas a unirse a tal condena explícita.

Dos hechos recientes se suman a mi creencia de que los homosexuales tienen que enfrentarse ahora a una gran intolerancia respecto de su modo de vida. El primero se refiere a que el influyente y extremista gobierno conservador actual ha promovido recientemente una legislación como la que probablemente se dictará en junio de este año (1988), prohibiendo a las autoridades locales gubernamentales (que son las responsables de la mayor parte de las escuelas del país) promover o apoyar con sus fondos públicos la creencia de que las relaciones homosexuales (ya sea entre hombres o mujeres) son moralmente aceptables como alternativas a las relaciones heterosexuales. El probable efecto general de esta legislación puede evaluarse por el hecho de que ya ha promovido propuestas para la retirada de fondos de una librería escolar que incluía entre sus libros un porcentaje muy pequeño de novelas homosexuales, y ya ha provocado la dimisión (aunque cancelada con posterioridad) de un profesor que ante la pregunta de uno de sus alumnos contestó que era homosexual.

El segundo hecho que puede amenazar la tolerancia es la extensión del SIDA. No todas las causas de infección provienen de los homosexuales o por quienes están infectados por ellos, pero los homosexuales son probablemente el principal foco de temor de la infección. Esto puede intensificar la presión para un retroceso hacia una moralidad sexual más restrictiva.

Estos hechos suministran razones para pensar que aumentarán las denuncias públicas de la homosexualidad; y para pensar, aunque con menos seguridad, que se producirá algún cambio real en la moralidad sexual en una dirección más restrictiva. Pero soy suficientemente optimista para creer que no desaparecerán todas las pautas liberales conseguidas hasta ahora y no creo que en un futuro previsible puedan reaparecer las sanciones penales abolidas en 1967.

8. *En la respuesta anterior, usted ha hablado de un retorno conservador de los «valores victorianos» de la sociedad británica, promovidos por la victoria electoral del partido conservador. ¿Cree que es posible predecir una nueva victoria electoral de los conservadores? Aparte de las cuestiones morales, ¿ha notado algún otro cambio en la sociedad inglesa?*

En los últimos años, la mayor parte de las democracias europeas occidentales (con las importantes excepciones de España y Grecia) han elegido gobiernos conservadores, y gran parte de ellos están comprometidos, con algunas diferencias, a drásticas modificaciones de la intervención del Estado en sus actividades económicas así como en la finalidad e intensidad de las políticas redistributivas y de bienestar que estaban destinadas a nivelar el margen entre la riqueza y la pobreza. Esta reacción conservadora contra las tendencias igualitarias precedentes no ha sido en ninguna parte tan severa como en mi propio país, donde un gobierno conservador radical y extremista, resuelto sin ambages a «destruir el socialismo», ha sido reelegido desde 1979 en tres elecciones sucesivas. Este gobierno, bajo la poderosa dirección de M. Thatcher, ha manifestado recientemente su hostilidad contra el igualitarismo reduciendo este año la tasa de impuestos del 60 por 100 al 40 por 100, regalando de este modo unos dos mil millones de libras a los ricos, en una época en la que el *National Health Service* está profundamente necesitado de un incremento de su presupuesto, llevándose a cabo diversos recortes de la asistencia estatal a los pobres y desempleados. La ideología que subyace a esta política conservadora es que la riqueza privada fundamental no es sólo una condición necesaria, sino también suficiente de la prosperidad general definitiva, produciendo al final un «goteo» hacia los pobres sin necesidad de la intervención estatal o de la imposición redistributiva. Sobre esta base, lo mejor que puede hacer el ciudadano ordinario para servir a su sociedad es perseguir su propio interés compitiendo por la riqueza, y en esta lucha la empresa privada tiene que quedar tan libre como sea posible de la intervención o regulación estatal.

Creo que no puede existir una única y simple explicación del extendido rechazo de los gobiernos que persiguen políticas igualitarias socialistas que implican una forma de intervención estatal en la economía. Los países en los que ha sucedido esto difieren mucho en su historia política, poder y riqueza para poder dar una única explicación posible. Pero existen algunos rasgos comunes que permiten explicar esta reacción conservadora general: entre los más importantes figura la absoluta dificultad de

gestionar una economía mixta en la que los valores capitalistas sean atemperados por políticas redistributivas y de bienestar. El éxito de tales economías mixtas exige mucha disciplina y moderación de los trabajadores que presionan para conseguir incrementos retributivos en las sociedades donde todavía existen grandes desigualdades de riqueza. Es difícil mantener tal moderación durante largo tiempo aunque es necesaria para mantener el empleo, industrias lucrativas, el control de la inflación y la viabilidad de las medidas de bienestar que provienen del Estado. Al recordar después de algún tiempo los fracasos de estos objetivos en las formas de desempleo y de huelgas perjudiciales, y al olvidar los éxitos anteriores, muchos de los electores vuelven a la simplista idea conservadora de que las «fuerzas del mercado» les liberarán de la interferencia gubernamental y les devolverán la prosperidad general. No dudo de que existen otros factores que han incrementado las dificultades de todos los gobiernos que intentaron construir una economía distributiva o parcialmente socializada, como ha sido el súbito incremento durante la última década de los precios del petróleo.

Con respecto a mi propio país se deben añadir a estos factores comunes cuatro elementos particulares que han podido tener desarrollos paralelos en otros países, por lo que los presentaré a continuación.

1. Uno de los rasgos permanentes del Partido Laborista durante los últimos siete años ha sido la notoria división entre el ala de derecha y de centro moderado y la de izquierda militante. Sin ninguna duda esto ha atemorizado a muchos votantes que han temido que si los laboristas accedieran al poder, el Gobierno estaría en manos de insensatos no solamente dispuestos a una amplia redistribución de la riqueza privada sino partidarios de una política hostil al mantenimiento de las armas nucleares británicas y a la continuidad de las bases americanas en Gran Bretaña. No cabe duda que este tipo de política ha sido interpretada por muchas personas, correcta o incorrectamente, como un peligro para los intereses esenciales de la seguridad británica.

2. A esta división dentro del Partido Laborista se ha sumado la fragmentación de la oposición gubernamental entre los partidarios del partido laborista y a la alianza de otros partidos, teniendo como resultado el fracaso para derrotar al gobierno conservador.

3. La prensa ha sido uno de los factores de mayor importancia para mantener los éxitos electorales del gobierno conservador. La mayoría de los diarios nacionales, algunos de gran circulación,

están en manos de empresas capitalistas comprometidas activamente en propagar los puntos de vista de un conservadurismo extremo, ignorando o minimizando los argumentos y críticas defendidos por la oposición.

4. Aunque los tres gobiernos Thatcher han conseguido una amplia mayoría de escaños en el Parlamento, nunca han logrado una mayoría de votos electorales (en las últimas elecciones consiguieron el 59 por 100 de los escaños pero sólo el 43 por 100 de los votos). Esto se debe al hecho de que el sistema electoral británico es único en Europa al no ofrecer una representación proporcional o posibilidad de una segunda vuelta si ningún partido alcanza la mayoría absoluta. El gobierno, para asegurarse su mantenimiento en el poder, ha beneficiado solamente a una minoría de votantes, pudiendo poner en práctica políticas fuertemente desigualitarias, ignorando ampliamente a la mayoría que incluye gran número de pobres y desempleados que están relativamente desarticulados y desorganizados, siendo incapaces de plantear una presión significativa contra el gobierno.

B I B L I O G R A F Í A

Daniel González Lagier y Juan Antonio Pérez Lledó (coords.)

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN ESPAÑA (1987)

Esta sección ha sido coordinada por Daniel González Lagier y Juan Antonio Pérez Lledó. Las reseñas que no aparecen firmadas han sido elaboradas por los propios autores de los artículos o libros objetos de las mismas.

AARNIO, Aulis.

Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica (trad. José Pedro Ubeda).

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 109-117.

En el presente trabajo el autor pretende realizar una comparación teórica entre la ambigüedad semántica en textos jurídicos, por un lado, y en la literatura, por otro; y para ello toma como punto de partida un estudio de Leena Kirstinä.
En este sentido, el autor concluye: «La referencia a lo autorizado en la interpretación jurídica es la característica distintiva más significativa entre las dos. Los objetos de la interpretación jurídica son los textos promulgados oficialmente, cuya función es servir como instrumentos en el ejercicio del poder social. Por consiguiente, la interpretación jurídica está más atada que la interpretación de una novela en cuanto se refiere a las fuentes y los principios que rigen su uso. A pesar de ello, la teoría de la interpretación de una novela parece ofrecer varias ideas nuevas a la teoría jurídica. Pienso, en particular, en el análisis del proceso de interacción, que ha sido ampliamente estudiado por los eruditos de la literatura. Además, el cambio de ideas no necesita ser unilateral. Por ejemplo, en la teoría de la novela el concepto y el estatus del auditorio de la interpretación se ha demostrado problemático en muchos aspectos. En este contexto, la teoría jurídica podría tener algo que ofrecer a la teoría de la literatura. En resumen, la imprecisión semántica intencional, usada como medio estilístico en literatura, tiene mucho en común con su contrapartida jurídica, la ambigüedad semántica no pretendida en los textos jurídicos.»

(Josep Aguiló Regla)

ALARCÓN CABRERA, Carlos.

Reflexiones sobre la igualdad material.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4, 1987, págs. 31-42.

Tras rechazar una noción física de la igualdad, el autor analiza las dos dimensiones en que, en su opinión, puede descomponerse la igualdad material: la igualdad como punto de partida (igualdad de oportunidades) y la igualdad como punto de llegada (igualdad de resultados).

«La igualdad como punto de partida expresa no discriminación mediante obstáculos arbitrarios para alcanzar posiciones sociales y, en particular, para acceder con las mismas posibilidades que los demás a los procesos de producción y distribución de bienes o de toma de decisiones políticas.» Pero esta igualdad posee ciertos impedimentos que frenan su realización y la desvirtúan, como, por ejemplo, la existencia de circunstancias amparadas por la ley y que son determinantes del logro de un cierto puesto social.

Frente a estos inconvenientes entraría en juego la igualdad de resultados, determinada por medio de una regulación que repercute en una distribución semejante de los bienes. Un primer método para alcanzar esta igualdad podría consistir en la repartición igualitaria de los bienes primarios; pero, de acuerdo con la crítica marxista, el «derecho igual» revertiría en una acentuación de las desigualdades, que sólo podrían evitarse mediante el derecho desigual o equitativo. Ante el problema de determinar cuándo existen las diferencias suficientes que justifiquen la aplicación de un distinto tratamiento, el autor opta por el criterio según el cual la existencia de una necesidad autoriza un tratamiento diferenciado, consistente en la satisfacción de esa necesidad. La determinación de estas necesidades es muy conflictiva, sólo existiendo acuerdo respecto a aquellas necesidades básicas mínimas (salud, vivienda, educación, alimentación y cultura).

Pero esta pauta para la aplicación de un trato desigual debe completarse, en opinión del autor, con otros parámetros como son el criterio cuantitativo del rendimiento (justificado por su utilidad práctica para el crecimiento económico) y el criterio de la capacidad (que provocaría una distribución más eficaz de los empleos).

Para finalizar el autor analiza la relación existente entre la igualdad material y la libertad, no considerando estos valores en absoluto incompatibles, sino más bien al contrario: «la libertad, como opuesta a la igualdad, equivale exclusivamente a la libertad de los agraciados económicamente (...) Cuando hablamos de igualdad material entendemos por ella una misma libertad de todos, no idéntica ni para los mismos objetivos, pero sí con las mismas posibilidades».

(Isabel Lifante Vidal)

ÁLVAREZ, Norberto.

La fuerza en el Derecho.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4, (Nueva Época) 1987, págs. 625-638.

¿Es realmente la fuerza una nota esencial del concepto de Derecho? Para responder a esta cuestión, el autor analiza los modos en que la fuerza puede aparecer en el Derecho: como sanción (castigo *a posteriori* por haber infringido una norma), coacción (actuación sobre el sujeto impeliéndole físicamente al cumplimiento de la norma), coercibilidad (posibilidad de acudir a la fuerza), referencia a la aplicación de la fuerza (en el sentido defendido por Ross para dar cuenta de las normas de organización) o simple vocación potencial de la norma para estar dotada de fuerza.

Un amplio sector de la doctrina, aceptando que la fuerza es elemento consustancial al Derecho, la entiende siempre como *coacción*, concepto que englobaría al de *sanción* considerando que la descripción de una conducta sancionada implícitamente supone otra conducta -la contraria a ella- coaccionada.

Ante la objeción de que la coacción (entendida como utilización actual de la fuerza) no siempre está presente en el Derecho, pues éste es cumplido en la mayoría de los casos espontáneamente, otro sector de la doctrina (Recaséns Siches) sostiene que lo esencial al Derecho es sólo la *coercibilidad*. Pero, en opinión del autor, si por esa razón descartamos la coacción, «considerar la coercibilidad (posibilidad de forzar) elemento esencial tampoco resulta atinado, por la misma razón, porque a veces no es posibilidad, sino realidad». Recaséns va salvando las dificultades de su tesis modificando el concepto de coercibilidad: ante la objeción de que hay casos en que la coacción resulta ineficaz (por ejemplo, cuando no es posible llegar a tiempo para evitar la comisión de un delito), Recaséns reduce dicho elemento esencial al Derecho a la posibilidad, en mayor o menor grado, de acudir a la fuerza, que, en ocasiones, es capaz de coaccionar, y en otras sólo de intentarlo. Y ante la imposibilidad de obtener por la fuerza la conducta debida cuando ésta consiste en la prestación de un servicio personalísimo (como pintar un cuadro), Recaséns señala que en tales situaciones se sustituye el primitivo contenido de la obligación por una conducta subsidiariamente obligada (por ejemplo, el pago de una indemnización), que ya es posible imponer mediante la fuerza. Pero, con todo, exigir que la norma sea coercitiva para que sea jurídica supone excluir absurdamente del dominio del Derecho -como pone de manifiesto Ross- todas las normas de competencia. La solución que Ross propone hace radicar la juridicidad de la norma, no en estar respaldada por la fuerza, sino en *estar referida* a la aplicación de la fuerza, abarcando así a las normas que organizan instituciones estatales que administran la fuerza. La tesis de Ross, sin embargo, nos obliga a negar el carácter jurídico de las normas del Derecho internacional. Ello se salvaría si, según propone el autor, entendemos esa «referencia de la norma a la aplicación de la fuerza» en un sentido ligeramente diferente: como referencia a una fuerza física no sólo actual, sino también potencial, es decir, «que la norma esté, al menos, pidiendo ser dotada de fuerza». Según el autor, desde esta concepción -que es más acorde con la «intuición» que *a priori* tenemos del Derecho, pues incluye en él a *todas* las normas que solemos considerar jurídicas-, la referencia mínima a la fuerza, como elemento común a la coacción, a la coercibilidad, a la sanción, a la referencia a la aplicación de la fuerza, o a la simple vocación de la norma de estar dotada de fuerza, es elemento esencial del Derecho como un todo orgánico (sin que para

ello sea necesario que todas y cada una de sus normas conlleven tales cualidades).
Finalmente, el autor se ocupa también de las relaciones entre fuerza del Derecho y poder político-económico y entre fuerza del Derecho y legitimidad, llegando a la conclusión de que «al Derecho le es esencial una cierta legitimidad, entendida ésta como la pretensión de la norma de inspirarse en un criterio de justicia, que la diferencia de otras figuras normativas», y señalando que «desde una perspectiva sociológica, la legitimidad socialmente vigente impide que el Derecho pueda acudir a determinadas técnicas de control, siendo éstas practicadas desde los poderes fácticos y políticos sin ninguna posibilidad de justificación jurídica y de forma encubierta».

(Juan Antonio Pérez Lledó)

ATIENZA, Manuel.

Para una razonable definición de «razonable».

Doxa, Alicante, 1987, págs. 189-200.

El concepto de «razonabilidad» o de «razonable» (y de «irrazonabilidad» o «irrazonable») es de una importancia fundamental en la práctica y en la teoría de la argumentación jurídica, pero aclarar dicha noción plantea no pocos problemas. En principio, una frase como «X es razonable» podría entenderse de maneras distintas, según que se considere que X representa un enunciado jurídico, un agente jurídico o un acto consistente en establecer, interpretar o aplicar enunciados jurídicos. El autor se centra en el concepto de «decisión jurídica razonable», entendiendo por tal los actos consistentes en interpretar y aplicar enunciados jurídicos a casos. Parte de la siguiente definición: «Una decisión jurídica es razonable en sentido estricto si y sólo si: 1) se toma en situaciones en que no sería aceptable, o no se podría, adoptar una decisión estrictamente racional; 2) logra un equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que considerar en la decisión, y 3) es aceptable para la comunidad.» Y desarrolla los diversos conceptos aquí envueltos, utilizando como ilustración una reciente y polémica sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la ley de objeción de conciencia.

ATIENZA, Manuel.

La analogía en la obra de Norberto Bobbio.

Revista de ciencias sociales, Valparaíso, núm. 30, 1987, págs. 261-280.

A lo largo de su vastísima producción, Bobbio se ha ocupado en diversas ocasiones del problema de la analogía jurídica. En este artículo se analizan las posturas de Bobbio en diversas obras de 1938, 1957, 1966 y 1968, a propósito del concepto de analogía, la estructura lógica del razonamiento por analogía, la validez lógica y el fundamento normativo de la analogía, la distinción entre interpretación

extensiva y analogía, y entre analogía y principios generales del Derecho. La conclusión a que se llega es que -excluido el concepto de analogía- Bobbio ha defendido, en relación con los otros problemas, soluciones distintas e incompatibles entre sí que el autor resume en un cuadro sinóptico hacia el final de su trabajo.

Mientras que esta heterogeneidad de planteamientos parece deberse al carácter fragmentario y no sistemático que, en general, tiene la obra de Bobbio, las insuficiencias y obscuridades sobre la analogía jurídica podría pensarse que se deben a la utilización por Bobbio de un instrumental lógico que *hoy* puede considerarse como desfasado. Sin embargo, el autor del artículo concluye reconociendo que el empleo de un aparato de análisis más sofisticado no parece haber conducido tampoco a resultados mucho más fecundos: «la analogía -como Bobbio ha puesto bien de manifiesto- es uno de los problemas centrales de la teoría del Derecho, y un problema que hay que considerar como todavía no suficientemente analizado».

BARCIA MARTÍN, Luciano.

Derecho de libertad religiosa en España después de la Constitución.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 433-448.

El autor llega a las siguientes conclusiones, que reproducimos literalmente:
«1. Las convicciones, las creencias, los sentimientos, especialmente aquellos que comportan una determinada dirección de vida en aspectos tenidos como fundamentales forman parte del *patrimonio* espiritual de una persona y como tal patrimonio unido a la persona deben ser protegidos. Cuando tienen o adquieren una dimensión religiosa, el carácter o naturaleza patrimonial son lo más *íntimo*, lo más ligado a la persona, por razón de su transcendencia y de la intensidad de su presencia en la vida humana.
Tal sería el principio básico que debe ser reconocido: el derecho del hombre a pensar y a expresar sus ideas religiosas, a la vez que a orientar su vida de conformidad con las convicciones.
2. El ordenamiento jurídico de un Estado debe preocuparse de la *defensa de aquel patrimonio*, considerándolo propio de la persona o grupo de personas que profesan la religión. Tal defensa no puede limitarse a permitir que el grupo social, la Iglesia católica, se manifieste de acuerdo con sus convicciones, sino que ha de extenderse a protegerla contra las lesiones posibles del patrimonio. Entre las características propias del mismo cabe señalar que, por razón de su carácter espiritual, es superior en valor al patrimonio económico o material.
3. Un paso importante en este reconocimiento será el de admitir que cuando se relaciona con una determinada religión, como específico de la misma, es patrimonio, en cierta manera, *exclusivo*, de los que profesan esa religión. (...). Tal *exclusividad* debe ser protegida por el Derecho positivo, también en España después de la Constitución. (...).
4. Debe protegerse, mantenerse intacto, ese patrimonio con *toda su pureza y en su integridad*. (...).
5. Para ser más concreto: Cristo como tal, la Virgen María... pertenecen al patrimonio de los que creen en ellos, con las características con los que los creyentes los presentan. El cambio de su figura, la presentación de los mismos como portadores de unas cualidades distintas de las que los creyentes les atribuyen, y que para éstos pueden ser tenidas como vicios, constituyen un atentado al derecho de los católicos. A ellos deben proporcionarse medios legítimos de defensa, recogidos en leyes y medios positivos, tanto de carácter normativo como de carácter jurisdiccional. La carencia de estos medios puede dar lugar a protestas justificadas, que serían expresión del Derecho de legítima defensa. (...).
Considero insuficiente el contenido de los artículos 208 y 209 del vigente Código Penal (...). Haría falta expresar, al menos, que constituye escarnio de una confesión religiosa, ultraje a sus dogmas, ritos o ceremonias, acto de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados... el hecho de desfigurar el contenido de los dogmas o el significado de las personas veneradas, dando a los mismos una apariencia contraria a la que presentan la fe y los sentimientos de los creyentes. La punibilidad de las conductas expresadas habría que justificarse pensando, no ya en que sean o no injuriosas para con Dios o con los santos, sino pensando en que son lesivas de los sentimientos, del *patrimonio íntimo* de un grupo de seres humanos. El mismo fundamento habría que reconocer a la punibilidad de la blasfemia.
La protección de la libertad religiosa, incluyendo la prohibición de ultrajar los sentimientos y el

patrimonio religioso de los creyentes, dentro del Código Penal debería hacerse al determinar los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas. De conformidad con el Proyecto para la reforma del Código Penal sería oportuno presentar un artículo dentro de una *rúbrica* en que se recogieran los «*delitos contra la libertad de conciencia, contra el patrimonio y los sentimientos religiosos*.»

(Daniel González Lagier)

BARCIA, Luciano.

La dignidad como derecho del hombre y como derecho cultural de la Iglesia Católica.

Persona y Derecho, Pamplona, núm. 17, 1987, págs. 115-136.

«Reflexionaré en el presente trabajo -dice el autor- contemplando en primer lugar la defensa de la dignidad y su reconocimiento en la vigente Constitución española y en varios documentos internacionales. En el segundo apartado, más extenso, por tratarse de algo específicamente buscado, prestaré atención al hecho de que la defensa de la dignidad del hombre es algo propio de la *cultura cristiana*.»

Se examinan, pues, el preámbulo y el artículo 10. 1.º de la Constitución y las declaraciones de derechos de Virginia (1776), la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), la Carta de las Naciones Unidas (1945), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1949), la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956), la Declaración de los Derechos del Niño (1959), la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960), la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (1960), la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1963), la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1975), la Declaración sobre el progreso y desarrollo en lo social (1969), el Pacto de San José de Costa Rica y la Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos.

En el segundo apartado el autor desarrolla la relación entre la cultura cristiano-católica y la dignidad humana atendiendo a las dos siguientes cuestiones: *a)* «Es deber de justicia reconocer que el cristianismo, la Iglesia Católica, ha valorado y ensalzado la dignidad humana y afirmado fundamentos concretos.» *b)* «La expresión de la dignidad humana, junto con los fundamentos que le asigna como base, constituyen un valor cultural propio del cristianismo, que debe ser protegido, a la vez que reconocido, en el campo del Derecho.»

(Daniel González Laiger)

BELTRÁN, Elena.

Nozick, la justificación de la propiedad.

Sistema, Madrid, núm, 77, 1987, págs. 131-139.

La autora desarrolla en este texto una crítica a la justificación que Nozick realiza del Derecho de propiedad tal como él lo entiende, es decir, como un derecho absoluto que marca los límites «a cualquier intervención que no sea la de su titular o esté autorizada por éste». Para ello, en primer lugar, *a)* describe brevemente la Teoría del Título de Nozick y su idea de la propiedad como derecho absoluto; en segundo lugar *b)* examina lo que Locke dice acerca del derecho de propiedad en los tratados sobre el Gobierno Civil; por último *c)* trata de ver hasta dónde Nozick sigue a Locke y «si realmente se llega a justificar el derecho de propiedad partiendo del principio de "justicia en la adquisición" tal y como él lo describe».

a) La Teoría del Título de Nozick distingue entre la «justicia en la adquisición», determinada por la presencia de ciertas condiciones en el momento de la apropiación, y la «justicia en las transferencias», determinada por la adecuación de las transferencias o intercambios a ciertas normas. De no cumplirse los anteriores requisitos de justicia entra en juego el principio de rectificación para restablecer las situaciones anteriores a la injusticia; pero siempre que se cumplan «se cubre exhaustivamente la cuestión de la justicia en las pertenencias de las personas». En cuanto al derecho de propiedad, Nozick lo considera un derecho absoluto frente a todos, tanto individuos como instituciones, lo que le lleva a rechazar los Estados que defienden principios finalistas o redistributivos como no legitimados moralmente.

b) La autora pretende demostrar que caben matizaciones a la extendida consideración de Locke como representante de un «individualismo posesivo» que da paso al concepto burgués de propiedad. Locke parte de la existencia de límites de derecho natural al deseo de apropiación que experimenta el hombre; así, el paso de la propiedad común a la propiedad privada se daría sólo cuando el hombre ha aportado su trabajo a la transformación de aquello de lo que se apropia («labor theory»), no cabe acumulación de cosas perecederas y en cualquier apropiación se ha de dejar tanto y de la misma calidad para que se apropien los demás. Cuando surge el dinero, sin embargo, estos límites se vuelven ineficaces y es necesario la creación de un gobierno que imponga otros límites. Y, según la autora, «en ningún caso, parece dar a entender Locke que no sea su intención limitar la propiedad individual, sino más bien al contrario, tratar de que por medio de las competencias propias de un gobierno centralizado, sea éste el que a través de una regulación legal establezca unos límites equivalentes a los que existían en el estado de naturaleza». Continuando con esta interpretación hay que tener en cuenta que Locke utiliza un concepto amplio de propiedad: «aquello que es de uno y no puede ser utilizado sin su consentimiento», definición que, dado que entiende por consentimiento el de la mayoría o el de sus representantes, puede comprenderse como «una exigencia de legitimación democrática para aquellos gobiernos que deciden interferir en las propiedades de las personas que están sujetas a su legislación». Así, «la regulación de la propiedad no es otra cosa que un medio para lograr un fin de bien público»: la conservación del género humano, que requiere que se garantice, entre otros, el derecho a «las posesiones materiales necesarias para la conservación en la sociedad política».

c) Nozick parte de la interpretación más conservadora de Locke, utilizándolo «sólo en lo que se aviene a esta concepción» -su concepción del derecho de propiedad-, según la autora. Justifica la apropiación original siguiendo a Locke (el derecho de propiedad derivaría del derecho previo a la propiedad sobre uno mismo y del derecho debido como compensación al trabajo), pero entiende la autora que no toma

«realmente en cuenta esta vía lockeana de justificación» para centrarse en la justificación de la apropiación cuando se cumple la condición de dejar «tanto y de igual calidad para los demás». Nozick, que parece admitir esta limitación en un principio, acaba su argumentación concluyendo que es posible «empeorar» la situación de los demás (es decir, no dejarles tanto y de la misma calidad) siempre que sean compensados por ello, con lo que se aparta sensiblemente de Locke.

«En definitiva -concluye la autora-, no parece que en *Anarchy State and Utopia* esté expuesta una justificación moral de la adquisición originaria que pueda fundamentar un derecho de propiedad tan absoluto como el que Nozick defiende.»

(Daniel González Lagier)

BELTRÁN, Miquel.

La falacia de los independientes: la fundamentación del Estado en Nozick.

Sistema, Madrid, núm. 78, mayo de 1987, págs. 113-120.

Este artículo es una exposición y crítica de los argumentos que esgrime Nozick para fundamentar el Estado Mínimo.

Nozick considera un individuo sujeto a la fórmula kantiana «actúa de tal modo que trates a la humanidad, ya sea en tu propia persona o en la de cualquier otro, nunca simplemente como un medio, sino al mismo tiempo como un fin» e inmerso en un estado de naturaleza lockeano en el que cada cual posee un «área o espacio moral constituido por sus derechos naturales». La intromisión en este espacio genera a favor del afectado un derecho natural a una compensación. Estos individuos se integran en asociaciones protectoras de ámbito territorial («agencias») que, a su vez, se agrupan entre sí. Nozick ha de demostrar, para fundamentar el Estado Mínimo, que forman parte del mismo cuantos residen en el territorio que éste protege, bien voluntariamente, bien obligados a ello.

Para ello introduce el «Principio de Compensación», según el cual «los perjudicados por prohibiciones de emprender acciones que únicamente podría ocurrir que dañaran a otros, tienen que ser compensados por el perjuicio que se les irroga con el fin de proporcionar seguridad a los demás». Este principio recortaría hasta tal punto las posibilidades de actuación de los «independientes» «que lo mejor que pueden hacer es convertirse en clientes de alguna agencia protectora».

Nozick propone varios argumentos en defensa de la aplicación del Principio de Compensación como única respuesta ante los actos peligrosos. Uno de ellos es el argumento de la división de beneficios del intercambio: hay dos tipos de compensación apropiada a la violación de límites; uno es la compensación plena, mediante la cual la víctima vuelve a la misma situación en la que se encontraba antes de la transgresión, pero este tipo de compensación «resuelve el problema de la distribución de beneficios (...) de un modo totalmente arbitrario» (ya que los beneficios van a parar, sin motivo, a una sola parte: quien ha creado la necesidad de dicho intercambio). El otro tipo es la compensación mercantil, por la que «se proporciona a la víctima aquello que habría recibido en el caso de que hubiera tenido lugar un acuerdo libremente negociado»; sin embargo, «entonces (...) es absurdo permitir a una persona que transgreda un límite, para que, ulteriormente, determine junto con la víctima el precio que hubieran acordado negociando libremente al respecto». De todo ello deduce Nozick que los actos peligrosos deben ser prohibidos, evitando así los problemas que plantea su permisión seguida de una compensación.

Otros argumentos son el de la provocación del temor, según el cual «si a despecho de saber que serán compensadas ulteriormente, las personas temen ser víctimas de un determinado acto, ese acto debe ser prohibido»; la afirmación de que «un sistema que permitiese la transgresión de límites seguida de compensación implicaría el uso de las personas como medios» y la consideración de que algunas intromisiones pueden no ser compensables, así como la dificultad de conocer de antemano la cuantía de la compensación.

Llegado a este punto debe demostrar también Nozick que la aplicación del Principio de Compensación es permisible aunque de hecho invada el espacio moral de los independientes, es decir, que no le es aplicable ni el argumento de la división de beneficios del intercambio ni el de la provocación del

temor. Ahora bien, para fundamentar que este principio no produce beneficios y explicar por qué, sin embargo, los clientes se empeñan en su aplicación, Nozick afirma que «en el caso concreto de los actos peligrosos no cuentan los motivos que inducen a los independientes a su realización, siempre y cuando se pague a éstos una compensación mayor que la que les motivaría mínimamente a abstenerse de actuar en tal sentido».
Para el autor de este artículo el argumento es sumamente artificioso y, en general, la fundamentación de la integración de los independientes es contraria «a los presupuestos libertarios que se hallan en la base de la teoría». En definitiva, Nozick niega a los independientes su derecho natural a defenderse partiendo de principios de justicia fundamentados en la imparcialidad del resultado o en el bienestar de la mayoría, criterios que previamente había rechazado.

(Daniel González Lagier)

BERGALLI, Roberto.

Argentina: *Cuestión militar y discurso jurídico del olvido*.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 381-395.

-La afirmación de que la vida política e institucional argentina ha estado en los últimos cincuenta y siete años permanentemente condicionada por lo que se denomina *cuestión militar*, constituye una verdad tan objetiva que merece aquí muy poca comprobación. Mas, las derivaciones que semejante condicionamiento ha provocado sobre todo en el terrenojurídico -especialmente en el tiempo más reciente- son de tal magnitud que merecen unas consideraciones particulares.
-Tales derivaciones han sido constitutivas de lo que en esta ponencia se denomina como un discurso jurídico específico. Por discurso jurídico se entiende la construcción de una doctrina oficial y de una legislaciónpeculiar que originariamente se sanciona con el objeto de determinar las responsabilidades criminales en las que han incurrido los integrantes de las Fuerzas Armadas, policiales, penitenciarias y de seguridad en general, en materia de violaciones a los derechos humanos cometidas durante el tiempo de las últimas dictaduras militares. A la consideración de este proceso de creación de normas penales y procesales, debe agregarse también la correspondiente al comportamiento observado por buena parte del cuerpo judicial en época democrática, el cual, por cierto, contrasta con el que revelaron como clase judicial durante los períodos militares *de facto*.
-La continuidad de una clase judicial que reconoce una antigua tradición de dependencia a las contingencias y presiones de los distintos regímenes *de facto*, ha servido también para condicionar una de las dos fases en que se ha articulado la elaboración oficial del discurso jurídico específico para encarar en Argentina la aludida *cuestión militar*.
-La observación en conjunto de esos dos aspectos del discurso jurídico específico debería hacerse teniendo en cuenta la estrategia oficial puesta en práctica desde la misma instauración del gobierno democrático, en diciembre de 1983.
-Dicha estrategia, que apoyaba en el mensaje ético enunciado por el propio Raúl Alfonsín desde la previa campaña política y se ejecutó en el marco del Estado de Derecho, poco a poco se demostró como endeble y errónea lo cual favoreció el rearme del poder militar.

-Asimismo, semejante estrategia propició un desusado protagonismo de ciertos magistrados judiciales que, en el caso concreto del juzgamiento de la cúpula militar (sentencia de la Cámara Federal de Buenos Aires, 9 diciembre 1985) que gobernó el país entre 1976 y 1983, dio lugar a la afirmación de dos tesis jurídicas de gran ambigüedad: 1) posibilidad de proseguir o iniciar denuncias contra aquellos oficiales superiores que actuaron en «la lucha contra la subversión» y «de todos aquellos que tuvieron responsabilidad operativa en las acciones»; 2) destacar las «responsabilidades concretas» de cada comandante y de cada Fuerza, reconociendo que durante la represión militar existió un estado de «guerra revolucionaria». La ambigüedad de estas dos tesis, como se verá, confirmaron la orientación del discurso jurídico específico.
-En la ponencia se propone un análisis de todo este cuadro que refleja el discurso jurídico oficial en Argentina, desde la perspectiva disciplinaria que pretende entenderlo como orientado a cancelar de la memoria histórica lo acaecido en materia de violaciones a los derechos humanos. A partir del reconocimiento de la falta de voluntad por reconocer el propio pasado *(memoria colectiva)* podría entenderse la manifiesta tendencia a no sancionar como delitos, a hacerlos prescribir y a justificar o exculpar -según se entienda- ciertos comportamiento militares, lo cual atenta contra la solidaridad mecánica y el propio derecho penal *(Durkheim)*.
-De tal modo, la manifiesta decisión de descargar responsabilidades de ejecutores y autores mediatos de aquellos graves delitos, mediante el retorcimiento de categorías jurídico-penales: la prescripción (mediante la llamada ley de «punto final») y la obediencia debida (con la ley del mismo nombre), más allá de violar acendrados principios constitucionales (el de la igualdad ante la ley), debe considerarse como propulsada por una *ideología del olvido*.
-Pero, las dos grandes concesiones hechas por el gobierno democrático al poder militar proponiendo el olvido y la cancelación de lo ocurrido mediante formas ocultadoras o encubridoras del discurso jurídico, no sólo van precisamente contra los alegados motivos de reconstrucción nacional en el que se apoyaron las dos leyes aludidas, sino que, además, puede llegar a condicionar las propias instituciones democráticas de Argentina.

BOBBIO, Norberto.

La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político (trad. de José F. Fernández Santillán).

Fondo de Cultura Económica, Sección de Obras de Política y Derecho, México, 1987, 193 págs.

Este libro recoge un conjunto de lecciones del autor sobre lo que llama uno de los «temas recurrentes» de la filosofía política (entendiendo por «recurrentes» «los temas que han sido propuestos y discutidos por la mayor parte de los escritores políticos y que, por tanto, forman parte de una teoría general de la política»). Se trata de la tipología de las formas de gobierno, es decir, de las distintas maneras de organizar la vida social según los lugares y el tiempo. Como afirma el autor, «casi no hay escritor político que no haya propuesto y defendido una cierta tipología de las formas de gobierno». El autor examina, pues, algunas tipologías «particularmente significativas desde la filosofía griega hasta los umbrales de la edad contemporánea, animado -advierte- no por una exigencia histórica, sino

conceptual.

Estas tipologías son de gran importancia, «sea porque mediante ellas han sido elaborados y continuamente discutidos algunos conceptos generales de la política, como oligarquía, democracia, despotismo, gobierno mixto, etc., sea porque ellas constituyen uno de los aspectos por medio de los cuales una teoría puede ser caracterizada y comparada mejor con otras».

El autor sostiene una triple función de las tipologías de las formas de gobierno. Por un lado, una función descriptiva o sistemática, señalando los diversos tipos de constitución política que en la experiencia histórica se presentan a la vista del observador. Las primeras grandes clasificaciones de las formas de gobierno, corno las de Platón y Aristóteles, son de este tipo. Por otro lado, una función prescriptiva o axiológica, pues «el escritor político no se limita a describir; generalmente se plantea otro problema, que es el de indicar, de acuerdo con un criterio de selección que naturalmente puede cambiar de autor a autor, cuál de las formas de gobierno descritas es buena, cuál mala, cuál mejor y cuál peor, y eventualmente también cuál es la óptima y cuál la menos incorrecta». En los autores estudiados se observa que frente a la variedad de las formas de gobierno son posibles tres posiciones: *a)* todas las formas de gobierno existentes son buenas, postura propia de una filosofía relativista e historicista, sostenida, por ejemplo, por Vico; *b)* todas las formas son malas, postura de Platón; y *c)* algunas son buenas y otras son malas, que es la posición más frecuente, a la que el autor llama aristotélica. También se aprecia, por otro lado, que aquellos autores que describen un modelo de Estado óptimo o bien idealizan una forma histórica, o bien lo construyen combinando en síntesis ideal los diversos elementos positivos de todas las formas buenas (Polibio), o bien realizan una elaboración intelectual o producto de la imaginación.

Por último, las tipologías de las formas de gobierno pueden cumplir también una función histórica. El autor entiende por «uso histórico» «el que han hecho algunos autores de la tipología de las formas de gobierno para delinear una verdadera y propia filosofía de la historia; en términos simples, para trazar las líneas del desarrollo histórico que transitaría de acuerdo con un esquema que naturalmente cambia según el autor, de una forma de gobierno a otro». En los autores tratados en este libro puede observarse que en la antigüedad clásica una teoría de las formas de gobierno se resuelve en una concepción cíclica de la historia. Otro ejemplo de uso histórico de las tipologías de las formas de gobierno se encuentra en Hegel, que considera el despotismo como la forma de gobierno típica del mundo oriental, a la república del romano y a la monarquía del moderno.

Las corrientes del pensamiento y los autores estudiados en este libro son los siguientes: la reflexión de los griegos sobre los asuntos de la política en el siglo III a.C., como se refleja en las *Historias* de Heródoto (capítulo I), Platón (cap. II), Aristóteles (cap. III), Polibio (cap. IV), el medievo (entre la época clásica y Maquiavelo) (cap. V), Maquiavelo (cap. VI), Bodino (cap. VII), Hobbes (cap. VIII), Vico (Cap. IX), Montesquieu (cap. X), el despotismo (cap. XI), Hegel (cap. XII) y Marx (cap. XIII). El libro concluye con una reflexión sobre la dictadura (cap. XIV).

(Daniel González Lagier)

BULYGIN, Eugenio.

Sobre el status ontológico de los derechos humanos.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 79-84.

En este breve artículo, el autor, en primer lugar, da un sucinto repaso a la evolución de la fundamentación de los derechos humanos. Así, muestra algunas etapas: en la segunda mitad del siglo XVIII son derechos otorgados por el Derecho Natural, al legislador lo único que le queda es su reconocimiento; en el siglo XIX con el advenimiento del positivismo jurídico como convicción iusfilosófica dominante se tiende a verlos bajo el prisma de derechos y garantías constitucionales y la anterior fundamentación pierde terreno; en el siglo XX con la aparición de los regímenes totalitarios se siente la necesidad de dar a los derechos humanos una fundamentación más sólida que el mero Derecho positivo para protegerlos contra dichos regímenes; al final de la segunda guerra mundial aparecen de nuevo invocaciones al Derecho Natural y reacciones contra el positivismo jurídico dominante hasta entonces. Pero este renacimiento no duró mucho, «autores como Kelsen, Ross, Hart y Bobbio se encargaron de poner las cosas en su sitio». «Sin embargo, en los últimos tiempos se ha producido un nuevo renacimiento de las teorías iusnaturalistas, aunque sus protagonistas rara vez utilizan el término "derecho natural" para referirse a sus doctrinas. Este resurgimiento del Derecho natural comienza con Ronald Dworkin, quien lanzó ya en los últimos sesenta su famoso ataque al positivismo de Hart. En los últimos años se ha incrementado notoriamente el número de pensadores que cabe calificar como partidarios del Derecho natural: Rawls y Nozick en los Estados Unidos, Finnis en Inglaterra y Carlos Nino en Argentina son quizás sus representantes más notorios. Todos estos autores se ocupan de derechos y en particular de los derechos humanos. En lo que sigue me referiré en especial al libro de Nino, *Ética y derechos humanos*.» Finalmente, de esta discusión con Nino el autor concluye: «Por lo tanto, los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o pretensión. Recién con su "positivación" por la legislación o la constitución los derechos humanos se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aun cuando esa realidad sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea éste nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos *jurídicos* y no ya meramente morales.

»Se me podría reprochar -continúa- que esta concepción de los derechos humanos los priva de cimientos sólidos y los deja al capricho del legislador positivo. Por lo tanto, la concepción positivista de los derechos humanos sería políticamente peligrosa. Sin embargo, no veo ventajas en cerrar los ojos a la realidad y postular un terreno firme donde no lo hay. Y para defenderme del ataque podría retrucar que es políticamente peligroso crear la ilusión de seguridad, cuando la realidad es muy otra. Si no existe un Derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles, pero la actitud correcta no es crear sustitutos ficticios para tranquilidad de los débiles, sino afrontar la situación con decisión y coraje: si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la Constitución.»

(Josep Aguiló Regla)

BRUFAU PRATS, Jaime.

Hombre, vida social y Derecho.

Ed. Tecnos, Madrid, 1987, 146 págs.

En este texto se recogen cinco estudios «que miran a temas propios de lo que constituye el contenido del *corpus* de la filosofía jurídica». Se enfocan estos temas desde la perspectiva de un «iusnaturalismo dinámico» es decir, de una concepción de los derechos fundamentales como derechos asentados en la condición de persona que tiene el hombre por ser hombre. Se considera que tales derechos se encarnan en la peculiar situación histórica de cada momento, permaneciendo inmutable su núcleo fundamental; consiguientemente, la norma de derecho positivo justo es una concreción histórica y mudable, más o menos próxima, del Derecho natural.
Los estudios recogidos son los siguientes: *Saber científico y saber filosófico. Algunas consideraciones acerca de su distinción; Algunas consideraciones acerca de la filosofía del Derecho y de sus planteamientos actuales; Normatividad jurídica y cambio social; Hombre-Naturaleza-Libertad. En torno al tema «Libertad y Derecho»; Sentido actual del derecho de propiedad en el pensamiento pontificio*.

(Daniel González Lagier)

BRUFAU PRATS, Jaime.

Teoría fundamental del Derecho.

Ed. Tecnos, Madrid, 1987, 330 págs.

En este libro se recogen una serie de textos publicados con anterioridad en lengua catalana, a los que se añaden otros textos inéditos.
El contenido de la obra consta de cuatro partes: la primera, *El hombre y el Derecho*, «mira al ámbito antropológico-jurídico» y se compone de un solo capítulo del mismo nombre. La segunda, *El Derecho y el entorno social*, «se centra en la determinación sociológica del mundo del Derecho. Esta parte se compone de cuatro capítulos: Punto de partida, *Desarrollo de la vida humana en el ámbito social, La regulación de la vida social y El Derecho como factor regulador de la vida del grupo*. La tercera parte, *El ser del Derecho*, «se adentra en la realidad del derecho y en su fundamentación» y consta de los siguientes capítulos: *La realidad jurídica, El fin del Derecho, El bien común, La justicia, La seguridad jurídica y La fundamentación del Derecho*. Por último, la cuarta parte, *El saber jurídico*, «esboza una teoría del conocimiento jurídico centrada en los niveles científico y filosófico».

(Daniel González Lagier)

CALSAMIGLIA, Albert.

Eficiencia y Derecho.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 267-287.

En este artículo se reclama la utilización en los distintos quehaceres jurídicos del criterio de eficiencia aportado por la teoría económica.
El autor señala que «la preocupación fundamental de nuestra profesión jurídica ha sido -por lo menos hasta épocas muy recientes- equilibrar la seguridad jurídica con unos criterios de justicia determinados que varían con la historia. El normativismo ha supuesto un avance importante en la comprensión de la estructura normativa del Derecho, las relaciones entre las normas, la jerarquía de esas relaciones y la problemática de la interpretación. Sin embargo, el normativismo -en sus versiones más sofisticadas como las del último Kelsen o Hart- cuando se encuentra ante casos difíciles recurre a conceptos tan ambiguos como los principios jurídicos o la discreción judicial (...). La discusión de problemas difíciles es útil para la construcción de criterios y la elección entre ellos. Pero la elección no puede ser confiada a la subjetividad, a la discreción del intérprete, porque estaríamos sacrificando la previsibilidad del derecho».
Por estas razones parece necesario aceptar la propuesta de los economistas de analizar el Derecho desde el punto de vista de la eficiencia, pero con algunas precisiones. En relación con esto el autor de este artículo llega a las siguientes conclusiones:
«1. He presupuesto que el criterio de eficiencia es el que permite justificar un sistema económico. He tratado de argumentar que existen casos en los cuales el mercado libre no conduce a resultados eficientes de tal manera que no siempre está justificado el mercado libre. Por tanto, una extensión excesiva de las tesis del libre mercado es inadecuada. Las doctrinas que usan la teoría económica más allá de sus límites no se fundamentan en ella, sino que la adulteran.
2. La eficiencia -entendida como aquel criterio que maximiza la riqueza social- exige en ocasiones la intervención estatal o intervenciones externas al mercado. Por tanto, quien sea reticente a la utilización de este método no puede identificarlo con la defensa del neoconservadurismo.
3. La eficiencia es un componente de la idea de justicia pero no es el único criterio de justicia. Difícilmente podríamos calificar de justo un sistema totalmente ineficiente o una sociedad que despilfarrara recursos básicos que cubren necesidades básicas. Pero los criterios de eficiencia no son los únicos a tener en cuenta para calificar un sistema de justo. Junto a la eficiencia, los derechos y los objetivos colectivos ocupan un lugar sumamente importante. Un sistema institucional imprevisible e inseguro no puede ser calificado de justo, pero un sistema muy ineficiente tampoco.
4. Observar el fenómeno jurídico desde el punto de vista de la eficiencia puede ser especialmente útil para la construcción de una política jurídica que alcance sus objetivos. Los instrumentos jurídicos pueden ser eficientes o no. Un legislador no sólo está preocupado por establecer un modelo ideal hacia el cual debe tender sino que también está preocupado por los mejores caminos que conducen a este objetivo. Muchas veces los juristas nos olvidamos de los caminos y no llegamos a donde queremos.»

(Daniel González Lagier)

CALVO GONZÁLEZ, José.

Giménez Fernández y el regionalismo andaluz de los años 30.

Anales de la Fundación Joaquín Costa, núm. 4, 1987, págs. 93-106.

Se detalla la participación de Manuel Giménez Fernández en el curso enunciado de los planteamientos teóricos del andalucismo en perspectiva a la estimación de los resultados obtenidos al cierre de la experiencia republicana y a las contribuciones de quienes protagonizaron más directamente la empresa de elaboración y defensa de un Estatuto regional para Andalucía. El autor estudia como preámbulo la intervención del personaje a lo largo de las sesiones de discusión promovidas por el Ateneo de Sevilla en diciembre de 1918 ante la petición de autonomía requerida al presidente del Consejo de Ministros por el Consejo permanente de la Mancomunidad Catalana. Allí su posición en torno al tema regionalista sobresale, dentro de las tendencias tradicionalistas y conservadoras en que inicialmente se inscribe, con una proyección avanzada y favorable respecto de las iniciativas autonómicas. Con todo, el interés por la idea regional y autonomista se apreciará más puntualmente durante los episodios andalucistas de la década de los 30 y en particular con ocasión de los preparativos para la celebración de la Asamblea Regional de Córdoba el año 1933. Revisando las reacciones que en la prensa local suscitó tal convocatoria, así como graduando la incidencia y aceptación alcanzada en esas fechas por la difusión de los símbolos regionales y andalucistas, analiza el autor la propuesta de acceso a la autonomía defendida por Giménez Fernández en representación del Ateneo de Sevilla, y que como tal encuentra concordancia y afinidad con la dirección del populismo italiano de Sturzo, asumida en España por las corrientes democristianas. El estudio concluye con la referencia al decaimiento y casi total abandono de la preocupación regionalista por la mayoría de sus seguidores durante la etapa central y años finales de la República, a causa unas veces del planteamiento demasiado ideal de los postulados y desideratum autonómicos andalucista, y las más por el ostracismo a que le condenarían estrategias políticas de mayor convergencia en todo el Estado, lo que aconseja a considerar y asumir la experiencia regionalista en Andalucía para la década del 30, distintamente a como a menudo se ha hecho, en un sentido pluralista y acogedor de las diferentes perspectivas ideológicas y humanas que implicó.

CALVO GONZÁLEZ, José.

Inmediatez filosófica y discontinuidad política del idealismo hegeliano en A. Benítez de Lugo.

Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación, núms. 6-7, 1987, págs. 1007-1024.

Se ocupa el autor de aspectos no abordados ni tratados todavía en las diversas contribuciones que se han llevado a cabo en los últimos años aportando un mejor conocimiento, dentro del ámbito filosófico-político, del movimiento neogeheliano en España a través, precisamente, de la figura de uno

de sus más importantes representantes: Antonio Benítez de Lugo. Así, aquí se nos ofrece una pormenorizada información biográfica del personaje y el completo y ordenado índice de su producción científica, incluyendo por tanto todo lo relativo al abundante y variado contenido de los escritos u obran menores, tanto como sobre la relevancia, participación e intervenciones de Benítez de Lugo en actividades y debates organizados por los círculos culturales sevillanos krausistas, positivistas y flokloristas conectados al panorama del mundo académico e intelectual de su época, en especial la Real Academia Sevillana de Buenas Letras y Sociedad Antropológica de Sevilla. De este examen se desprende una preocupación filosófico jurídica y política que llega aproximadamente hasta 1877 y el inicio a partir de esa fecha del cultivo de temas y asuntos históricos. De la primera etapa, en lo que al pensamiento hegeliano se refiere, resulta un estado que el autor califica de inmediatez filosófica, aunque no plena identidad, anotando la escasa ambición crítica de las exposiciones. En cuanto a la dimensión filosófico-política el autor acude al término discontinuidad, de lo que harán prueba el tratamiento de cuestiones como la constitución del Estado, concepto de pueblo, soberanía popular, figura y función del monarca, etc..., donde las convicciones republicanas de Benítez de Lugo prevalecerían frente a una fidedigna exposición del sistema de Hegel. Por contra, en el área de problemas de filosofia iusprivatista la similitud es plena. Por lo que hace a los estudios históricos se recogen trabajos como el dedicado al movimiento de las Comunidades en Sevilla y los aparecidos en Revista de España. Se incluyen también noticia de la polémica entre Benítez de Lugo y M. Poley en la Sociedad Antropológica sobre naturaleza y fundamento de los derechos naturales.

CALVO GONZÁLEZ, José.

Notas sobre criptogobierno e invisibilidad y ocultación del poder.

Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación, núms. 4-5, 1987, págs. 581-601.

Tomando como ocasión la obra colectiva -por Bobbio, Pontara y Veca- *Crisis de la democracia*, así como la recopilación de trabajos del primero de ellos presentada bajo el título de *El futuro de la democracia*, y luego de proceder al examen y comentario crítico de los estudios que integran ambas obras, se pasa a analizar de modo particular lo expuesto en relación al conjunto de comportamientos y actitudes que, calificadas por Bobbio como «efectos perversos», más profundamente amenazan desde su interior la vida y existencia del régimen democrático. De entre éstos -ingobernabilidad, privatización de lo público y acción del poder invisible- se elige el último que estructurado en las categorías de subgobierno, criptogobierno y poder omnividente, encuentra un desarrollo complementario al expuesto por Bobbio en el tema del poder oculto e invisible como criptogobierno y la crisis y futuro de la democracia. La dirección que en ello se sigue permite al autor aprovechar para el caso la metodología instrumental del género policíaco, del cuento o la novela «negra», caracterizada por técnicas como la observación, el empirismo lógico, el razonamiento deductivo e inductivo y la interpretación de evidencias. De esta manera, apoyado en textos de E. A. Poe y G. K. Chesterton, el eje del problema filosófico-político de la sustantividad y operatividad del poder invisible se sitúa para el autor en la cotidianidad; usufructuándola el Poder infiltra insensiblemente máximas y reglas de comportamiento, modela normas de conducta y normaliza la existencia toda recibiendo el dócil acatamiento del ciudadano. El trabajo concluye con una reflexión de carácter fantástico que en una relectura de la portada del *Leviathan*, sugestiva e inquietante, introduce la posibilidad de otras y desconocidas fuentes y canales de influencia del poder invisible y oculto como criptogobierno.

CALVO GONZÁLEZ, José.

Notas sobre la dimensión filosófico-política de las metáforas epistemológicas. A propósito de laberintos y guerra nuclear (Razón fantástica versus Razón lógica).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 639-649.

Tomando como referencia los estudios contenidos en la obra de Bobbio *El problema de la guerra y las vías de la paz* y dedicando especial atención al que le da título, el autor procede a un desarrollo complementario a lo allí expuesto por Bobbio cuando (págs. 91-92), sirviéndose de un conocido pasaje de las *Investigaciones filosóficas* de Wittegenstein, alude a la situación del hombre frente al problema nuclear semejándola a la de alguien que esté en el interior de una botella abierta, a la de un pez atrapado en la malla de una red o, por último, a la de un ser extraviado y errante por las calles de un laberinto, considerando así que la estrategia histórica de un sucesivo juego de elecciones sobre

caminos bloqueados ha conducido finalmente a una disyuntiva sobre los dos caminos restantes, donde uno conduce a la salida, pero el otro, en lugar de ser un camino bloqueado, termina en el abismo. El autor considera que la utilización con carácter simbólico cultural no particular de la botella, la red y el laberinto, resulta en tres figuras de una común estructura, a saber: la laberíntica. Es decir, todas constituyen aplicaciones alusivas e ilusivas de la idea de laberinto como laberinto clásico o griego, moderno o rizomático esquema Deleuze-Guattari y manierista o barroco esquema *trial and error procers*. A continuación reconvierte tales aplicaciones en metáforas epistemológicas de dimensión filosófico-política representando simbolizaciones de estado psico-espirituales (seguridad, salvación, fatalismo, caos, esperanza). El último modelo, que es al que Bobbio hace referencia, implica cierto optimismo por dejar a la decisión humana la solución del problema, aunque es un modelo influido por la precariedad del equilibrio y el riesgo del desequilibrio que implica la elección autàut. Esto mismo, por otra parte favorece la demora en resolver la disyuntiva conduciendo a una situación real de parálisis, lo que modificaría la fisonomía del laberinto; en concreto transfigurándose de prisión en refugio, cuya dimensión ético-religiosa y filosófico-política es tan patente como en la dialéctica amo-esclavo hegeliana. El trabajo se apoya en textos literarios de Poe y Borges.

CARACCIOLO, Ricardo Alberto.

Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 145-151.

Este artículo, partiendo de que la propiedad «predecible» suele presentarse como condición necesaria de la propiedad «racional» -al menos en la literatura sobre la racionalidad de una decisión jurídica individual-, intenta responder a la siguiente pregunta: ¿en qué medida el concepto de «racionalidad objetiva» -entendida como aquella que supone la posibilidad de predicción- es compatible con una noción de «racionalidad subjetiva» que se refiera a las condiciones de racionalidad de una decisión individual?
Para ello utiliza como instrumentos de análisis el modelo de decisión individual de Arrow y los conceptos de «acción» y de «norma» de Von Wright, llegando a las siguientes conclusiones:
a) La «racionalidad subjetiva» de una decisión es relativa a un contexto determinado de alternativas y a un sistema de valores. Es relativa a un contexto determinado de alternativas porque cualquier decisión de un individuo en una situación determinada es una elección entre dos alternativas excluyentes de acción pertenecientes a un conjunto de alternativas posibles -el contexto-, conjunto que es más o menos amplio en función del conocimiento de la situación -por tanto, del lenguaje en el que se expresa ese conocimiento-. Es relativa a un sistema de valores en la medida en que el individuo usa un sistema tal para ordenar según sus preferencias las alternativas de acción posibles de un contexto y para optar por la alternativa que es preferida a todas las demás.
b) «El contenido de un contexto de alternativas, esto es, la identificación de las acciones que un individuo puede empíricamente realizar, es una función de su conocimiento de la situación en que tiene que actuar.» «Cualquier "incremento del conocimiento" conduce a ampliar el número de "mundos

posibles" y, por consiguiente, las alternativas de acción.»
c) Un sistema de normas generales puede ser considerado como un sistema de valores que ofrece una regla de preferencia entre alternativas de acción y determina el contenido del contexto y, con ello, el nivel del conocimiento relevante para la acción. En tal caso podría decirse que el conocimiento de un sistema de normas permite predecir una decisión individual («si el individuo X acepta el sistema constituido por Op entonces se sabe de antemano que sus alternativas son P y -P y además que, si es racional, elegirá P»).
d) No obstante, la afirmación anterior presupone que el lenguaje en el que se describen las acciones reguladas por ese sistema no es susceptible de ser enriquecido, sino que expresa el máximo nivel de conocimiento. Pero como tal lenguaje no existe «siempre es posible que el estado de cosas individual que constituya la oportunidad para la acción de un individuo X pertenezca a más de una clase de estados de cosas genéricos, lo que significa que su descripción puede ser relativa a distintos lenguajes con capacidad para expresar diversos niveles de conocimiento». Por ello «una decisión subjetivamente racional puede ser, no obstante, impredecible y, por tanto, objetivamente arbitraria si se adopta el sistema normativo como base para formular la predicción».

(Daniel González Lagier)

CARPINTERO, Francisco.

La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la «persona jurídica».

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 477-522.

El autor trata de dilucidar el curso doctrinal de la teoría que siguió la doctrina ética y la filosofía del Derecho en la Edad Moderna que dio como resultado que nuestra cultura jurídica y moral se fundamente y parta desde el individuo independiente, autónomo, aislado de los demás; se trata, pues, de poner de relieve una de las facetas decisivas del pensamiento jurídico y político liberal contemporáneo.
El punto de arranque del estudio es la teorización pre-kantiana a este respecto. En ella se muestra como los ilustrados entendieron que la única concepción científica posible del hombre es su consideración como un ser que *naturalmente* sólo depende de sí mismo y vive para sí mismo; este hombre, así concebido, sólo puede quedar obligado, como es consecuencia lógica, por el consentimiento que él libremente preste, por lo que el contractualismo o pactismo avanza al primer plano de la realidad jurídica diseñada.
Kant y su medio centenar de epígonos, que dominaron hegemónicamente en la cultura europea en el cambio de siglos, acentuaron y llevaron hasta sus límites esta exigencia, en la medida en que erigieron a cada individuo en un «fin en sí mismo», un *Selbstzweck*; pero el decurso que sigue la doctrina del *Selbstzweck* tiene poco que ver con lo que usualmente, hoy, se entiende bajo ella. En efecto, lejos de hacer posible un entendimiento más digno de la persona, el «fin en sí mismo» fue entendido como un «fin-para-sí-mismo» en que se erigía cada sujeto. De forma consecuente, la manifestación primaria y fundamental del Derecho es la exteriorización del arbitrio indeterminado, y en principio indeterminable, de cada individuo. Dado que los siglos XVII y XVIII se agotaron en reclamar tal tipo de arbitrio, resulta, finalmente, una libertad o noción del Derecho que se define ante todo por la capacidad de excluir; resulta, de esta forma, una libertad puramente formal, negativa y vacía. Por este motivo, la justicia sólo puede consistir en una actitud negativa, una omisión continuada, *eine Enthaltung*, en definitiva.
Esta noción del Derecho que justifica a un individuo independiente, autónomo y aislado, tropieza en el siglo XIX con la crítica de Hegel, quien -en el marco del pensamiento jurídico del Idealismo alemán- denuncia el egoísmo y la ausencia de solidaridad que encubren las teorías ilustradas, especialmente la kantiana, bajo el pretexto del afianzamiento de la «libertad».

COLOMER, Josep M.

Teoría de la democracia en el utilitarismo.

Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 57, págs. 7-30.

El artículo gira en torno a una posible reconsideración de los fundamentos teóricos del utilitarismo con

el fin de encontrar respuesta a la crisis de legitimidad que experimentan las democracias contemporáneas. En este sentido, después de realizar una introducción a la figura histórica de Bentham, se aborda el significado del principio de utilidad como método, que, basado en la observación y el análisis de los hechos, combate la tradición moralizante. El paso siguiente nos lleva al examen de la teoría de las penas y la teoría del valor, que son consecuencia de dicho principio de utilidad. Todo esto nos conduce al análisis concreto de la teoría de la democracia; Bentham parte de la necesidad de una democracia representativa radical, de lo que se deriva una postura favorable al sufragio universal y al control de los gobernantes por el pueblo. Así, aunque la democracia no ofrece la seguridad de un buen gobierno, la ausencia de la misma sí imposibilita «conseguir un buen gobierno, dada la tendencia de los mismos a actuar en su propio interés». En cuanto al dilema de dar prioridad a la seguridad o a la igualdad, Bentham, como buen liberal, subraya que el objetivo igualitario está condicionado por el mantenimiento de las garantías jurídicas. El último aspecto a tratar es la revisión del benthanismo por Stuart Mill que contribuyó por un lado a los notables éxitos políticos del radicalismo como tendencia organizada, pero también a una notable rigidez del pensamiento de Bentham al incorporar como uno de los objetivos del gobierno la mejora de las cualidades morales e intelectuales de los miembros de la sociedad y considerar con optimismo las virtudes de las minorías gobernantes, adoptando una actitud restrictiva respecto a la participación de las masas. Concluye el autor resaltando el interés que el estudio del pensamiento utilitarista tiene hoy, tanto desde un punto de vista metodológico como por su contribución a la relativización de la contraposición entre democracia como protección y democracia como participación.

(Angeles Ródenas Calatayud)

CORTINA ORTS, Adela.

La calidad moral del principio ético de universalización.

Sistema, Madrid, núm. 77, 1987, págs. 111-120.

Este artículo se inscribe en la polémica entre Felipe González Vicén y Elías Díaz -a la que se ha sumado Javier Muguerza- sobre la obediencia al Derecho. En tal debate se plantea si existe un fundamento ético para obedecer al Derecho, «siendo así que parece haber uno para desobedecerlo: la conciencia individual». La autora interviene en este debate en defensa de la ética dialógica, en su versión apeliano-habermasiana, «que Javier Muguerza trae a colación a lo largo de su réplica, más para atacarla -creo yo- que para extraer sus virtualidades».
Según la autora, Muguerza no pone en duda que el diálogo sea el procedimiento más adecuado para llegar a una legitimación de normas jurídicas, pero afirma que el discurso posee unos *límites morales* -que la ética discursiva no reconoce- cuya transgresión convierte en inmoral la decisión alcanzada. Este límite moral vendría dado por la segunda formulación del imperativo categórico (la del «fin en sí mismo»), que queda sacrificado por la ética discursiva al de la «universalización», según Muguerza. Para defender la ética discursiva de estas objeciones se desarrollan en este artículo los siguientes puntos:
1. «En la ética kantiana es impensable la supervivencia de cualquiera de las formulaciones del

imperativo, desligada de las demás, de ahí que todas gocen de igual calidad moral, y que la reconstrucción de una de ellas suponga la reconstrucción de las restantes.» En este sentido se afirma que «Kant no entendió las formulaciones del imperativo como independientes entre sí (...). Cada una de las formulaciones contiene, pues, toda la *sustancia de la moralidad* y lleva implícitas en su seno a las restantes».

2. «La conciencia de que habla González Vicén es más existencialista que kantiana». Y ello porque este autor, al distinguir la desobediencia civil y la desobediencia ética, caracteriza al desobediente ético como aquel que no pretende fidelidad a valores comunicables a todos y aceptables por todos, sino a su propio ser individual.

3. «La ética discursiva es legítima heredera de la ética kantiana de la conciencia, aunque reformulada por medios propios de la teoría de la comunicación, y directamente aplicable por ello a la vida jurídico-política», como el medio más adecuado para legitimar tanto las normas jurídicas como su desobediencia. Con Apel y Habermas «el monólogo se convierte en diálogo; los intereses individuales constituyen la materia del test; las consecuencias de la aplicación de las normas son atendidas a la hora de decidir y han de ser aceptadas por todos los afectados por ellas.»

4. «La universalización es -a mi juicio- el único procedimiento para superar el «corporativismo y el feudalismo democráticos», nacidos de intereses individuales y grupales; es el modo más adecuado de ser progresista». Para la autora el conformismo de las sociedades actuales, que parecen «no estar interesadas en establecer normas en que se contemplen los intereses de todos», «"tiene la culpa" de que la desobediencia civil o la desobediencia ética al derecho se hagan necesarias, y no el principio de universalización, al que no hay más remedio que recurrir cuando de legitimidad -y no de mera vigencia- se trata».

(Daniel González Lagier)

COTTA, Sergio.

El Derecho en la existencia humana (trad. Ismael Peidró Pastor).

Ed. EUNSA, Pamplona, 1987, 248 págs.

Este libro es fruto de la labor investigadora y docente del autor en la Universidad de Roma. En su presentación (octubre 1984) Cotta escribía: «Lo que caracteriza mi período romano es mi insatisfacción acerca de una interpretación del Derecho exclusivamente formal o historicista; también mi convicción de que la experiencia jurídica se clarifica mediante la comprensión de la estructura ontológica del Derecho, así como del momento existencial del hombre, tal como ambos inciden en la relación humana coexistencial» (pág. 9).

El primer capítulo sirve de introducción al desarrollo de su pensamiento. En él se traza el perfil metodológico a seguir, especialmente el análisis fenomenológico. A continuación vienen tres partes: «Génesis ontoexistencial del Derecho» (cap. II y III); «Fenomenología de las formas existenciales» (cap. IV y V); y «Dimensiones del Derecho» (cap. VI, VII, VIII, IX y X). Es de destacar en la primera parte la afirmación de Cotta de que el Derecho participa de la misma exigencia de la existencia humana. Por eso una norma jurídica no es «heterónoma», sino «sociónoma», porque es exigida comúnmente por todos los existentes (págs. 61 y 62). De ahí que el Derecho sea «una forma coexistencial», que responde a la estructura ontológica del hombre (págs. 78-79).

En la segunda parte desarrolla su pensamiento acerca de las formas coexistenciales, que clasifica en dos clases: «excluyentes» e «incluyentes». Sitúa entre las primeras a la amistad y la política. Sitúa entre las segundas al Derecho y la caridad. Las dos primeras poseen cierta afinidad. Es más, lo que la amistad representa en el plano de las relaciones interpersonales, representa la Política en el plano de las relaciones sociales (pág. 88).

En cuanto al Derecho, Cotta reconoce su relación con la política. Por eso afirma que «el Derecho es la misma política que se desarrolla bajo forma jurídica» (pág. 111), pero de la cual se diferencia por una primaria estructura: la universalidad humana, consecuencia de la paridad ontológica de los hombres (pág. 113). Asimismo, porque «mediante la norma jurídica se posibilita la cooperación y potenciación de la capacidad de los sujetos» (pág. 115).

De la tercera parte del libro podemos subrayar el pensamiento de Cotta sobre la Justicia, que basa en la paridad ontológica de los hombres en relación con el principio de su personalidad y en el hecho de su diferenciación existencial (pág. 154), lo cual origina la Justicia primaria u ontológica, que a su vez, constituye el orden global, en cuyo seno se sitúan y rectifican las formas particulares de Justicia (intersubjetiva y social) (pág. 156).

(Ismael Peidró Pastor)

COTTA, Sergio.

Justificación y obligatoriedad de las normas (trad. de Antonio Fernández Galiano).

Ed. Ceura, Madrid, 1987, 171 págs.

En este libro se intenta «presentar una respuesta teórica al problema de la obligatoriedad de las normas que evite la solución empírico-pragmática del recurso a la inercia de la costumbre o a la fuerza de la opresión» y ofrecer «una solución a la embrollada cuestión de la relación entre Derecho natural y Derecho positivo pretendiendo superar la oposición *positividad-naturalidad*».
El libro consta de seis capítulos y un apéndice. En los cinco primeros capítulos se tratan las razones (lógicas y existenciales) por las que resulta indispensable la justificación de las normas y las condiciones que hacen posible una justificación objetiva de las mismas, llegando a las siguientes conclusiones, que el propio autor sintetiza:
«1. La justificación de las normas es indispensable para probar su obligatoriedad por dos razones: *a)* porque la norma atribuye una modalidad deóntica a un acto posible con preferencia a otros actos igualmente posibles; *b)* porque la propia norma constituye la posibilidad transcendental de la transgresión.
2. La justificación objetiva de las normas no debe limitarse a confirmar: *a)* ni la eficacia de las mismas (es decir, su observancia práctica generalizada); *b)* ni la eficacia de cualquier justificación (o sea la aceptación generalizada de las normas).
3. La justificación objetiva de las normas debe satisfacer dos condiciones formales: *a)* debe ser válida para todos los miembros del mismo universo lógico; *b)* no remitir a ningún presupuesto injustificado o injustificable.
4. La justificación objetiva de las normas debe probar, incluso frente ala argumentación en contrario: *a)* que el comportamiento prescrito es posible; *b)* que la atribución a tal comportamiento de una modalidad deóntica no es arbitraria o meramente subjetiva.
5. El carácter no arbitrario de tal atribución puede ser probado, o bien mediante la verificación de la relación funcional del comportamiento prescrito con: *a)* una situación existencial común pero particular (justificación relativa, *secundum quid*); la coexistencia humana (justificación funcional-estructural o absoluta, *simpliciter*), o bien puede probarse: *c)* mediante la comprobación de la atribución universal de la misma modalidad ética al comportamiento en cuestión.
6. La justificación objetiva, por tanto, hace a la norma obligatoria dentro del universo lógico considerado: *a)* relativamente obligatoria si éste consiste en un ámbito humano limitado; *b)* absolutamente obligatoria si el universo lógico es toda la humanidad.
7. La necesidad de justificación se impone tanto para las normas del Derecho "natural" como para las del positivo. Para las primeras, porque su obligatoriedad no es inmediatamente evidente, sino sólo demostrable mediante razonamiento; para las segundas, porque su obligatoriedad no es adecuadamente demostrable con argumentos meramente formales o fácticos.»
El capítulo VI trata de la obligatoriedad tanto del Derecho positivo como del Derecho natural, derivándola de una justificación que «ofrece una confirmación empírica de la paridad ontológica de los hombres y muestra cómo la juridicidad -en cuanto obligatoriedad racional- presupone tal paridad y la confirma con su propio modo de ser». En este capítulo también se defiende la existencia de un «Derecho natural vigente», expresión con la que se quiere decir que «el Derecho positivo, cuando sea jurídico en sentido propio (esto es, obligatorio por la justificación de su deonticidad) es Derecho natural» o que «todo el Derecho es natural (desde el punto de vista y en el sentido precisados) o no es Derecho». Por natural entiende el autor «puesto de modo humano, esto es, según la razón que argumenta en relación con las condiciones de real posibilidad de la existencia humana». Termina el

libro con un apéndice en el que se critican las fundamentaciones no ontológicas del Derecho y se establecen las líneas para una fundamentación ontológica del mismo basada en la coexistencia, que aparece como «el criterio último de determinación del deber ser de toda posible relación infrahumana; y, por consiguiente, también del Derecho».

(Daniel González Lagier)

COTTA, Sergio.

Las raíces de la violencia. Una interpretación filosófica (trad. de Tomás Melendo).

Ed. EUNSA, Pamplona, 1987, 215 págs.

Advierte el autor de este libro que su propósito no es «examinar el completo universo de la violencia ni ilustrar todas las situaciones de las que puede surgir», sino que le mueven los siguientes objetivos: «El primero, sacar a la luz la estructura del obrar violento, poniendo de relieve sus características fenomenológicas (...). El segundo, trascender el *cómo* de la violencia, para indagar y discutir el *por qué* de aquello que (...) constituye el aspecto verdaderamente nuevo de la cuestión: la valoración positiva de la violencia.»

Para ello divide el libro en seis capítulos. De éstos, los dos primeros *(La violencia actual, ¿Nueva o antigua? y «Flujo» y «reflujo» de la violencia)* examinan las actitudes acerca de la violencia que se han dado a lo largo de la historia, indicando la existencia de un «flujo» contrario a la misma y un «reflujo» violento (que pueden observarse comparando los siglos XIX y XX como ejemplos de una y otra tendencia, respectivamente) y observando una novedad en la violencia contemporánea relativa no a una transformación de su esencia, «sino a un modo diverso de percibirla, de asignarle su puesto en la historia y, por consiguiente, de valorarla».

En el tercer capítulo *(El acto violento y su fenomenología)* el autor intenta distinguir entre fuerza y violencia, examinando *a)* el criterio de la «índole física o de la cualidad de la acción», según el cual la violencia se configuraría como «una intervención física intencional sobre el cuerpo, sobre las dimensiones físicas, de otros hombres»; *b)* el criterio institucional o de la cualificación del agente, que distingue la fuerza de la violencia en atención a su atribución o no a una autoridad o institución constituida; *c)* el criterio de referencia a los valores, según el cual un acto es violento cuando se lleva a cabo «por un motivo indigno, carente de valor», y es, por el contrario, un acto de fuerza si se realiza con referencia a algún valor; *d)* el criterio estructural, que afirmaría que la violencia presentaría unas características en su configuración que la distinguirían de la fuerza, como son la inmediatez, la discontinuidad, la desproporción respecto al fin, la falta de persistencia y la imprevisibilidad. Para el autor éste es el criterio más adecuado para diferenciar fuerza y violencia, a las que considera como dos especies del género «actividad-contra», destacando la ausencia de medida («es decir, la i-regularidad y el descomedimiento») como principal nota distintiva.

En el capítulo cuarto *(De la medida al Derecho)* añade el concepto de Derecho a la distinción entre fuerza y violencia. Concluye que «lo que unifica a los dos primeros -el Derecho y la fuerza-, separándolos nítidamente de la tercera -la violencia-, es la presencia plena de la medida. Pero mientras la fuerza es sólo actividad-contra mesurada (y en ello se distingue de la violencia), el

Derecho configura según los modos de la medida también y, principalmente, su propia actividad-para. Por consiguiente, no sólo se opone a la violencia, sino que va más allá de la fuerza, más allá de la entera actividad-contra».

Los dos últimos capítulos *(¿Por qué existe la violencia? I: Un derecho sin fundamento* y *¿Por qué existe la violencia? II: El sujeto absoluto)* buscan las causas del actual «reflujo» violento. A juicio del autor éstas se encuentran, por un lado, en el antiformalismo que domina la sociedad actual (mientras que, por el contrario, «en un clima cultural en el que el universo de la naturaleza se muestra comprensible, y el cosmos humano interpretable y edificable en términos de medida, regularidad y ley, resulta lógico que se tienda a marginar y a superar la violencia, en cuanto constituida por la i-regularidad y la falta de proporción») y en especial en una de sus manifestaciones: la actitud antijurídica y la fragilidad del Derecho de hoy, y, por otro lado, en la oposición entre los valores del «yo» y del «nosotros».

(Daniel González Lagier)

DÍAZ, Elías.

Guerra en la guerra: Unamuno, 1936.

Saber leer. Revista crítica de libros, núm. 4, abril 1987, págs. 1-2.

Al hilo del reciente libro de Luciano González Egido *Agonizar en Salamanca, Unamuno, julio-diciembre 1936*, el autor reflexiona sobre los últimos meses de la vida de don Miguel de Unamuno, en los que preparaba un libro que hubiera llevado por título *El resentimiento trágico de la vida*, modificando significativamente el título de una de sus principales obras. Algo parecido hace el autor de este comentario al titularlo *Guerra en la guerra*, por contraste precisamente con la primera obra de Unamuno, *Paz en la guerra*. «Y entre una y otra -escribe el autor-, toda su vida, toda su obra, a replantear y repensar con una nueva conciencia y consciencia en este agónico final: ya no habrá más paz en la guerra; en la guerra sólo hay guerra, es decir, objetivamente, odio, violencia y degradación; y de la guerra, de esa guerra, ya no saldrá la paz, una auténtica paz, sino sólo la victoria impuesta por la fuerza, dogmática y totalitariamente, por unos españoles sobre otros, los vencidos. Tal es su estado de ánimo, de mente y de espíritu, a medida que se avanza hacia la conclusión de ese 1936.»
Unamuno «agoniza en Salamanca», lucha contra la muerte, contra la suya propia y la de los demás («la locura y las miserias morales de esa devastadora guerra civil-incivil que asola a España»), «pero sin que él se rinda del todo en ningún momento». En opinión del autor, Unamuno no llega a caer en el desencanto total, en el nihilismo final que siempre le había tentado. Aquí radica la principal discrepancia con el libro comentado; libro que, por otra parte, es ampliamente elogiado, tanto por los datos «totalmente fiables» que proporciona (especialmente para ayudarnos a comprender la evolución de Unamuno desde su primitiva adhesión a los sublevados hasta su crítica actitud de «alterutralidad» dialéctica, es decir, la de estar a la vez con unos y con otros impidiendo la fractura entre las dos Españas), como por la calidad literaria de una obra fundamentalmente concebida como «creación y recreación» («González Egido ha querido ser más escritor que historiador», aunque «ha sido también lo segundo»: «la ficción nunca falsea la historia, la realidad; sólo la complementa»). Pero, según el autor, González Egido construye su obra «desde la muerte de Unamuno», lo cual «condiciona en exceso la exégesis de lo que antes de ella, sobre todo en las últimas semanas, aviene» «Luciano González Egido sabe que Unamuno va a morir, y actúa en consecuencia.» «Eso es precisamente -señala críticamente Elías Díaz- lo que le permite, mejor dicho, le exige, anticipar un Unamuno que en los últimos tiempos de su vida parece estar ya totalmente acabado y no creer en nada.» «No lo veo yo del todo así», declara Elías Díaz. Aquel hombre viejo en la Salamanca de 1936 se debatía entre intentar resistir o dejarse morir. «Yo, no arbitrariamente, prefiero verlo dando prevalencia a la primera actitud: agonizar, en Unamuno, es mucho más luchar que morir (...). Unamuno, sin perder nunca su identidad, se estaba trazando un plan bastante racional de futuro trabajo y de acción intelectual y política.» «La experiencia de esta guerra -escribe don Miguel en sus notas contra *El resentimiento trágico de la vida*- me pone ante dos problemas: el comprender, repensar mi propia obra empezando por *Paz en la guerra*, y luego comprender, repensar, España.» «Una nueva, renovada, conciencia (y consciencia) estaba surgiendo en efecto -concluye Elías Díaz- a través de la guerra en el viejo Unamuno.»

(Juan Antonio Pérez Lledó)

DÍAZ, Elías.

La transición a la democracia (Claves ideológicas, 1976-1986).

Eudema, Madrid, 1987, 222 págs.

Se trata de un conjunto de artículos surgidos y publicados en este decisivo decenio de la transición al hilo de algunos de los acontecimientos más significativos y, sobre todo, del sentido general de la evolución política e ideológica de nuestro país en esos tan importantes tiempos que arrancan del final de la dictadura franquista.
Como núcleo coherente de la «teoría de la transición» que en ellos subyace estaría la crítica a diversas, pero entre sí vinculadas ideologías que sobre aquélla han ido sucesivamente manifestándose en esos años:
1.ª Crítica a las ideologías esencialistas que, como rechazo, se hacen escépticas e, incluso, totalmente negativas respecto a la posibilidad de la transición tal y como, sin embargo, de hecho realmente se produjo.
2.ª Crítica a las interpretaciones contumazmente conservadoras de la Constitución de 1978 hechas, paradójicamente, desde muy diferentes e, incluso, contrapuestas ideologías y actitudes políticas.
3.ª Crítica a las ideologías del desencanto que, muy desde el principio de la transición, comienzan a imponerse masoquista y/o interesadamente; contraposición, pues, entre crítica de lo real y desencanto acrítico.
4.ª Crítica al rupturismo como ideología; es decir, consideración de la vía de la reforma pactada (o de la ruptura pactada) como el mal de males, el «mal radical» de las consecuencias e implicaciones de la transición: así, pues, teórica, ideológica, añoranza de una no habida ruptura revolucionaria.
5.ª Crítica a las interpretaciones continuistas de la transición respecto de la dictadura -nueva falacia de la identidad- hechas también desde muy diferentes e incluso, contrapuestas ideologías y actitudes políticas.
6.ª Crítica a las interpretaciones funcionalistas-personalistas que ven la transición como resultado casi mecánico del desarrollo económico-tecnocrático cuando no, incluso, como fruto de la misma intencionalidad oculta del dictador o de los necesarios efectos no queridos de su política represiva.
El libro -revisión, pues, de la cultura política de la transición- incluye una amplia y útil bibliografía de obras generales acerca de aquélla y, preferentemente, de sus principales aspectos políticos e ideológicos.

DÍAZ, Elías.

Legitimidad y justicia: la Constitución, zona de mediación.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 349-353.

Este texto constituye un paso adelante del autor en relación con algunas propuestas conclusivas formuladas en anteriores trabajos. La hipótesis de partida para ello será la consideración de la libertad como punto de convergencia entre una teoría de la legitimidad (democrática) y una teoría (crítica) de la justicia y, por tanto, asimismo, como posible zona de encuentro entre las denominadas legitimidad procedimental y justicia material. A partir de aquí, en busca de conclusiones más concretas, el autor sostiene que la libertad, ejerciéndose sin ataduras, se actúa a través de la soberanía popular, la cual, cuando se trata de partir de las posiciones originarias, se muestra en sus caracteres básicos como poder constituyente. De este modo, la Constitución y el poder constituyente pueden verse como zona de mediación y de convergencia de una suficiente legitimidad democrática y de una objetiva justicia material (histórico-material) en todo caso sometida, por supuesto, a pertinentes críticas y a racionales contrastaciones. Finaliza el autor afirmando que «la Constitución sin más (que incluye necesarios equilibrios, consenso realistas y presencia de minorías que pueden un día ser mayorías), garantiza ya un cierto, importante nivel de comportamiento ético, una vía bastante sólida hacia los objetivos últimos de una teoría crítica de la justicia».

(Ángeles Ródenas Calatayud)

DÍAZ, Elías.

Ortega y la institución libre de enseñanza.

Revista de Occidente, Madrid, núm. 68, 1987, págs. 113-127.

En este trabajo se desarrolla la hipótesis de la existencia de una relación más intima e intensa de la que suele señalarse entre Ortega y los institucionalistas, rindiendo, al mismo tiempo, un homenaje a lo que uno y otros reportaron a la configuración de nuestra memoria histórica. Con este fin se efectúa un análisis de los diferentes testimonios históricos, de las relaciones entre ambas filosofías y, por último, de la acción estimuladora y aglutinante que institucionalistas y orteguianos van a desarrollar frente a las actividades absolutistas y totalitaristas tanto en la segunda república como en la oposición a la dictadura.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

DIEGUEZ LUCENA, Antonio J.

La teoría de las ciencias morales en John Stuart Mill.

Ed. Universidad de Málaga, Málaga, 1987, 316 págs.

El autor considera que el estudio del pensamiento de John Stuart Mill es un antecedente necesario para una reflexión filosófica sobre las ciencias, por lo que intenta superar la imagen, en su opinión «parcial, estereotipada y a veces hasta errónea», que se ha dado del mismo, presentándolo no como el «inductivista y defensor a ultranza de los cánones de la investigación experimental» que se ha visto en él, sino como el constructor de «un modelo metodológico centrado en la deducción y la contrastación, y donde la invención de hipótesis tiene también un lugar destacado». Para ello divide el libro en tres partes.

En la primera de estas partes intenta describir el contexto filosófico en el que se sitúa la obra de este autor. Así, hace un breve resumen del debate sobre los métodos de las ciencias humanas, afirmando que la verdadera reflexión sobre éstos se inicia con Mill, quien en el *Sistema de Lógica* lleva a cabo «un análisis pormenorizado de los métodos de la investigación social que profundice en sus estructuras lógicas y los relacione con los métodos empleados en las ciencias naturales». En esta parte el autor rastrea también los antecedentes en los que Stuart Mill se fundó directa o indirectamente, haciendo especial referencia a Comte, quien si se dedicó en sus obras a la cuestión de los métodos fue sólo «al hilo de los contenidos doctrinarios que asignaba a la ciencia social y en total dependencia de ellos».

En la segunda parte del libro se trata de la concepción de Mill sobre la lógica, a la que concibe como «una ciencia general de la investigación y del método científico». La lógica formal es para él sólo una pequeña parcela de la lógica ocupada de la consistencia de los enunciados, siendo la parcela más importante la que se ocupa del estudio de los procedimientos de investigación en las ciencias, tanto los cánones de la inducción como el método deductivo». Se trata también de las implicaciones

filosóficas de esta concepción de la lógica y de la interpretación de Mill acerca de los modos deductivos e inductivos de inferencia (para Mill la inducción es el único tipo de inferencia auténtica y la deducción es un complemento de la anterior; sin embargo, la primacía de la inducción se circunscribe al orden del descubrimiento, mientras que en el orden de la construcción teórica prima la deducción). Por último abarca este apartado el concepto general de ciencia en este autor y conceptos afines como ley y causa, estudiando los métodos de la investigación científica citados por Mill.
El concepto de causa es central en el pensamiento de Mill, como se ve en la tercera parte del libro que comentamos. Para este autor «la conducta humana, como cualquier otro evento del universo obedece a causas», y de forma que las leyes de los fenómenos humanos deben ser averiguadas por el científico (éste es el fin de la investigación social, al igual que el de la investigación natural) a través de la inducción y de la deducción. La posibilidad de formular leyes sobre los fenómenos humanos y sociales es precisamente la condición fundamental de la existencia de tales ciencias. Otros aspectos tratados por el autor son el intento de conciliación en Mill de estas leyes con el libre albedrío («pues la propia voluntad del sujeto interviene en la producción del fenómeno como un factor causal más») y la definición de cada una de las disciplinas particulares que componen el conjunto de las ciencias morales. Por último, dedica un capítulo a «la dilucidación de los métodos adecuados e inadecuados en las citadas ciencias y de las razones que para Mill justifican la aceptación de unos y el rechazo de otros». Para el autor estudiado no existe gran disparidad metodológica entre las ciencias morales y las ciencias naturales, aunque sí cierta especificidad de estas últimas por su gran complejidad, siendo el «esquema de interacción deducción-experiencia» el modelo de funcionamiento para las ciencias en su estado de madurez.

(Daniel González Lagier)

DIEGO-LORA, Carmelo de.

Jueces y abogados ante la ley injusta.

Persona y Derecho, Pamplona, núm. 16, 1987, págs. 155-178.

En la primera parte de este artículo, el autor expone la doctrina católica del Derecho natural, a la que se adhiere decididamente. El Derecho natural «se deriva del orden natural de la Creación», y se entiende como «la ordenación normativa de la convivencia natural humana dentro de una comunidad y en servicio del bien común». «Este Derecho natural -continúa el autor- cuenta con una base estable, expresada en preceptos inmutables y universalmente válidos, derivados de la naturaleza constantemente igual del hombre y de la sociedad. La norma suprema de la vida humana es la misma ley divina eterna, objetiva y universal, por la que Dios ordena, dirige y gobierna el mundo. El Derecho positivo aparece entonces como garantizador de esas normas de Derecho natural, o como determinador de sus preceptos. Las leyes humanas, por consiguiente, nada pueden preceptuar contra la ley natural», y si así lo hicieran, «esas leyes humanas carece de fuerza de obligar», «dejarían de serlo, por su falta de racionalidad». «Ante ellas -concluye el autor- se hace necesario escuchar de nuevo aquella valiente afirmación que se lee en los *Hechos de los Apóstoles*: "es necesario obedecer a Dios antes que a los hombres".»
A continuación, el autor reacciona contra el «permisivismo moral», contra «el mero historicismo moral

negador de que la sociedad posea valores inmutables», «camino elegido por el positivismo jurídico reinante, que enfoca la ley bajo el prisma del relativismo moral y entiende que lo que es ético o no lo es depende de lo que se piense en cada momento histórico, independientemente de la ordenación objetiva de Dios, que es olvidada e incluso despreciada a la hora del ejercicio de la potestad legislativa». «El permisivismo resulta ser el ambiente ideológico apto para que la corrupción moral se institucionalice (...). La falacia legislativa del respeto libertario individualista es fuente de incontables daños sociales.»

Por último, el autor aborda el problema de la actitud que jueces, abogados y procuradores han de adoptar ante una ley injusta. Cuando dicha ley es de carácter *imperativo*, que impone una conducta positiva contraria a la ley natural (por ejemplo, si prescribe el aborto para limitar la natalidad), la solución es unívoca para jueces y abogados: «el pecado exigido justifica la rebeldía de la desobediencia» (si es necesario, los jueces deberán abandonar su profesión judicial). Distinta es, según el autor, la situación ante la ley injusta *permisiva*, cuando esa permisión viene mediatizada -como en la ley de divorcio- por una sentencia judicial dictada en un proceso promovido a instancia de parte. Aquí, el juez se encuentra doblemente condicionado: por la pretensión de la parte, a la que debe responder, y por la norma jurídica, a la que debe obedecer. El juez se verá forzado «desde fuera» a una «*cooperación material*» que le libera de responsabilidad moral. Renunciar a la carrera judicial, además del sacrificio profesional y económico, significa «el sacrificio de toda posibilidad de un bien moral de índole social muy amplio, por parte de personas de recta y bien formada conciencia». Además, «ciertos bienes podrían ser obtenidos a la hora de la aplicación de esa ley injusta, que lógicamente quedará ajustada a sus límites estrictos». El caso de abogados y procuradores es aquí algo distinto. Salvo que estén en situaciones análogas a las antes descritas para los jueces (como sería el caso de un turno de oficio obligatorio), y salvo que la aplicación sólo formal de la ley de divorcio constituya una ficción judicial con la que se pretende un fin distinto al divorcio (por ejemplo, lograr efectos civiles para decisiones canónicas legítimas de nulidad o separación), la colaboración del abogado con la parte que pretende un divorcio no es aceptable moralmente, pues constituye un caso de *cooperación formal* o complicidad: si el abogado acepta la defensa, colabora libremente queriendo esos resultados injustos, solidarizándose de algún modo con el autor principal del mal. «Por ello, el criterio que rige para el abogado, a la hora de aceptar los asuntos, es el de la libertad profesional: para aceptar los asuntos que su cliente le lleve, si estima en justicia que merecen ser protegidos; o para rechazarlos, cuando considere esos intereses, por injustos, carentes de aquella dignidad que merezca blandir las armas del Derecho en la noble lid judicial, para que sean amparados.»

(Juan Antonio Pérez Lledó)

ESCAMILLA CASTILLO, Manuel.

Utilitarismo e igualdad. El principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 153-192.

«El significado del principio de igualdad en la teoría de Jeremy Bentham resulta mal comprendido -opina el autor- entre muchos teóricos del Derecho e historiadores de las ideas jurídicas. Deduzco que se encuentra mal comprendido del hecho de que existen diversas interpretaciones sobre su sentido y alcance. Como muchas de estas diversas interpretaciones son contradictorias entre sí, gran parte de los intérpretes deben estar en el error. El objetivo del presente escrito es tratar de exponer algunas contradicciones graves que me ha parecido encontrar entre algunas teorías sobre la igualdad en Bentham y las teorías de éste, entendidas como un todo coherente y lógico, como un sistema».
Para ello, tras realizar distintas redacciones del artículo 14 de nuestra Constitución con el fin de comprender mejor su significado, examina la teoría de Bentham partiendo del principio utilitario. El autor se cuestiona su contenido, es decir, si se trata de la mayor felicidad para todos, la mayor felicidad para los menos, la mayor felicidad del mayor número o «una felicidad puramente formal». A continuación, el artículo se centra en el estudio de los principios conductores del principio utilitario y concluye afirmando que Bentham no hubiera escogido ninguna de las lecturas del artículo 14 propuestas al principio del artículo y «probablemente, ni siquiera hubiera incluido el artículo 14, ni ningún otro en que se contenga el término «igualdad» como objetivo legal, a no ser con un significado extremadamente vacío, formal».

(Daniel González Lagier)

ESCOTHADO, Antonio.

Moral y Derecho.

Sistema, Madrid, núm. 76, enero 1987, págs. 121-130.

Se analiza en este artículo la evolución que experimenta, en el Derecho Romano, la relación entre moral y Derecho. Según el autor, el Derecho Romano quiso ser un cuerpo técnico de normas y criterios adaptable a culturas dispares, donde los deberes morales no se agotan en los jurídicos y éstos conciernen a una esfera de actuación exterior, debiendo seguir una línea de máxima eficacia y mínimo apasionamiento.
Este deslinde entre eticidad y juridicidad, obvio en el Derecho civil, se complica en la esfera de las penas. Gracias al concepto racional de la norma (introducido por el pretor y la *iurisprudentia*), se realiza una distinción entre los crímenes estrictamente jurídicos y aquellos vinculados a intereses no siempre dictados por la ecuanimidad. Los primeros serían los perjuicios demostrables causados a la integridad física de las personas y a su patrimonio. Contra ellos se tipifican delitos universales y permanentes. Estos crímenes, con víctima real, delimitan claramente la moralidad y la juridicidad.

En el segundo tipo de crímenes se incluyen los perjuicios al poder político y religioso, las ofensas a ciertos símbolos y entes transjurídicos y aquellos perjuicios que, desde una óptica paternal, pueden ocasionarse los individuos a sí mismos. Contra ellos se tipifican delitos particulares y transitorios, dependientes de cada sistema político y que defienden a víctimas hipotéticas o al propio acusado de sí mismo. Aquí el legislador no respeta la distinción entre moralidad y Derecho.
El contraste esencial entre los dos tipos de crímenes reside en su fundamento punitivo, que se manifiesta en una divergencia teórica entre los que piensan que la verdad sólo se difundirá cuando se le permita defenderse por sí misma y los que creen que el error debe evitarse legislativamente y que lo verdadero necesita, para subsistir, de la censura. A pesar de esta complicada discusión, en opinión del autor, no hay duda de que «el Derecho como empresa científica de justicia (...) es una reglamentación tendente a la máxima libertad individual compatible con una existencia en sociedad», por lo que concluye afirmando que se debería renunciar «a toda suerte de cruzadas contra el error y monopolios de la verdad».
Siguiendo con la evolución del Derecho Romano, afirma el autor que la lógica imperial acaba por considerar a la libertad de conciencia como un peligro permanente para el gobierno; así, en el Bajo Imperio está ya perfectamente organizada una censura social y política anónima. Para finalizar examina la aparición de una abundante «legislación para delitos sin víctima», encaminada a perseguir el error y cuyas penas sufren un gran endurecimiento, llegando incluso a condenar gravemente, no sólo a quienes atientan contra un representante del orden, sino también a quienes «lo hubiesen pensado».

(Isabel Linfante Vidal)

ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio.

¿Qué Schmitt se lee en los ochenta? (Dos intentos de rehabilitación de Schmitt).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 683-696.

El autor analiza algunos recientes intentos de rehabilitación de la obra weimariana de Carl Schmitt. En primer lugar, critica el intento de rehabilitación *política* de Schmitt llevado a cabo -con escaso éxito- por J. W. Bendersky, quien presenta al Schmitt anterior a 1933 como un firme defensor del orden republicano y constitucional. La interpretación schmittiana de los poderes «dictatoriales» atribuidos por la Constitución de Weimar al presidente del Reich en situaciones de excepción, su noción de soberanía y su búsqueda de un nuevo «fundamento espiritual» (una nueva legitimidad) al Parlamento, son el reflejo, según Bendersky, de un Schmitt interesado únicamente en dotar a la República de mecanismos de defensa frente a sus enemigos. Según el autor, Bendersky ofrece una visión falseada del pensamiento de Schmitt, incluso descontextualizando y manipulando citas y datos que, en realidad, permiten demostrar la tesis contraria: la actitud de Schmitt ha de entenderse como una actitud de defensa del *statu quo* frente a la «amenaza revolucionaria». Que ese objetivo «contrarrevolucionario» implicase la defensa de la República era algo exclusivamente coyuntural, como lo muestra el papel activo de Schmitt en el proceso de transformación del sistema parlamentario en uno presidencialista durante los últimos años del régimen republicano.
En segundo lugar, el autor critica los intentos de rehabilitación *científica* de Schmitt llevados a cabo

-con algo más de éxito- en Italia (Schiera, Miglio, Portinaro), según los cuales es posible, rechazando la interpretación exclusivamente política de la obra schmittiana, aprovechar su valor científico interno, especialmente su configuración de lo político como categoría autónoma. Ello sugeriría una «fecunda» línea de investigación aún por explorar. Para el autor, tal fecundidad no existe: la teoría de lo político de Schmitt dice bien poco (simples generalidades vacías como la de que a la política subyace un enfrentamiento, o que la dinámica de lo político es una tensión entre decisión y enemistad, orden y desorden). Además, esa autonomía de lo político llega a transformarse en independencia total (la evolución política se explica por su propia dinámica, sin atender a factores sociales, económicos, técnicos, etc.), e incluso en un nuevo «centralismo» de lo político (cuya dinámica determinaría los cambios en esas otras esferas), desembocando en una visión idealista de los conflictos humanos.

El autor evalúa también los recientes análisis de la obra de Schmitt efectuados desde el pensamiento de tradición marxista. En Alemania, los análisis externos de carácter político (Neumann, Seifert) muestran que Schmitt configura una teoría de la contrarrevolución, y que no es posible una «recuperación» de la teoría política de Schmitt por la izquierda, dado el trasfondo irracionalista que subyace a su decisionismo. Sin embargo, en Italia, algunos marxistas (Duso) han intentado su rehabilitación científica. Entre los dos polos de la dialéctica política schmittiana, enemistad (conflicto) y decisión (orden), y dado que en esta perspectiva la conflictividad «tiene lugar» sin que se sepa por qué, Duso se inclina hacia el elemento del orden, propugnando una reducción de la complejidad social mediante decisiones autoritarias.

Por último, el autor analiza dos recientes estudios sobre Schmitt en España (J. M. Beneyto y G. Gómez Orfanel), dentro de un panorama general de repudio a Schmitt desde los años setenta. Beneyto se centra en la «Teología Política» de Schmitt, mostrando su trasfondo idealista y su intención legitimadora de una autoridad estatal incondicionada. Gómez Orfanel pretende efectuar un análisis interno de la obra schmittiana (pero meramente descriptivo, sin buscar en ella «fecundidad» alguna), según el cual la dialéctica de lo político se articula en base a los conceptos «excepción-normalidad». Pero Gómez Orfanel también conecta la obra de Schmitt con su contexto político externo, mostrando la hostilidad de Schmitt hacia el régimen de Weimar.

En conclusión, el autor señala la imposibilidad de una rehabilitación política de Schmitt, y la necesidad de combinar el análisis interno con el externo para detectar el componente ideológico de su pensamiento. Ello permitiría identificar, con la suficiente prevención, los elementos aprovechables de la producción schmittiana.

(Juan Antonio Pérez Lledó)

EYMAR, Carlos.

Karl Marx, crítico de los derechos humanos.

Ed. Tecnos, Madrid, 1987, 197 págs.

«En estas páginas -dice el autor- no se va a presentar a un Marx defensor de los derechos humanos, ya sea en su forma científica de instrumento, ya bajo el ropaje utópico de fin. Por el contrario, reservando para otra ocasión el análisis de aquellos intentos fundamentadores, se va a desarrollar con exclusividad su tarea crítica (...). Siguiendo cronológicamente el contenido de estas obras (de crítica a los derechos humanos), previa deliberada omisión de las primerizas, se va a concluir en el intento de ofrecer una fórmula que resuma lo esencial de su crítica a los derechos humanos.»
A lo largo de los capítulos que integran este libro *(I. Los inicios de la crítica, II. La «cuestión judía» y el tema de la emancipación humana, III. Los derechos humanos en las obras de Marx posteriores a 1845, IV. El concepto de ideología como instrumento crítico y V. Resumen sistemático de la crítica de Marx a los derechos humanos: Los derechos humanos como ideología de la burguesía)* se pone de manifiesto «cómo Marx pone en cuestión la posibilidad de construcción del Estado racional por medios "racionales". Descubre cómo la racionalidad no tiene ninguna fuerza transformadora de la realidad porque ella misma es un producto de esa realidad que pretendía modificar. El estado que, al modo hegeliano, era considerado como la encarnación de la Idea, como lo racional en sí y para sí, es puesto en entredicho al descubrir la fuente de la racionalidad sobre la que se erigía. Así esta racionalidad que sustentaba y justificaba al Estado, presentándolo como la esfera de lo general, va a ser calificada por Marx de Ideología, de racionalidad parcial o de apariencia de racionalidad.» Es en este contexto teórico en el que el autor sitúa la critica de Marx a los derechos humanos, «en cuanto exigencias racionales de reconstrucción del Estado».

(Daniel González Lagier)

EZCURDIA LAVIGNE, José A.

Curso de Derecho natural. Perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos.

Ed. Reus, Madrid, 1987, 292 págs.

La finalidad de esta obra, según declara el autor en la presentación, es «ofrecer no un libro de investigación, sino de texto y, especialmente, para quienes inician su andadura en el estudio de las ciencias jurídicas». El autor presenta un estudio global de la problemática de los derechos humanos estructurado en cuatro partes:
I. *Teoría general de los derechos humanos*: concepto y denominaciones: configuración jurídica (su caracterización dentro de la categoría de los *derechos subjetivos*); caracteres y límites (rasgos que los distinguen de otros derechos subjetivos: inviolabilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad, irrenunciabilidad, universalidad y carácter no absoluto sino limitado); fundamentación (diversas

teorías: iusnaturalistas, historicistas, positivistas, dualistas, etc.); fuentes (incluyendo las declaraciones y convenios a nivel supranacional); protección y garantías (con especial referencia al Convenio Europeo de Roma).
II. *Desarrollo y formulaciones históricas*: el autor hace un recorrido histórico a través de las declaraciones de derechos humanos desde la «prehistoria» del Concilio de Toledo y la Carta Magna hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos de Nueva York de 1966.
III. *Los derechos humanos en la Constitución española de 1978*: aquí se analiza el Título I de nuestra Constitución, su contenido y directrices ideológicas, los valores superiores que lo informan, la clasificación de los derechos según sus mecanismos de garantía, su (debatida) inspiración «iusnaturalista crítica», etc.
IV. *La Iglesia católica y los derechos humanos*: el autor expone la contribución de la Iglesia a la formación y realización de los derechos humanos, analizando -tras hacer una breve referencia histórica- las principales Encíclicas de los Papas del siglo XX, desde Pío XI hasta Juan Pablo II.
La especial atención dedicada a la doctrina católica de los derechos humanos se explica por la inspiración iusnaturalista cristiana que informa todo el libro. El propio autor, en la presentación de su obra, insiste explícitamente en «recordar la filiación iusnaturalistas del pensamiento jurídico en ella expresado. Un iusnaturalismo -añade- con todas las aportaciones, incorporaciones o matizaciones que el transcurso del tiempo ha hecho precisas; pero iusnaturalismo al fin. Un iusnaturalismo que no mixtifica ni priva de valor jurídico a la moderna teoría y al concepto mismo de los derechos humanos, sino que -lo creemos firmemente con tantos y tantos eminentes teóricos del Derecho- le presta su más sólido fundamento, su sentido y la mejor esperanza de definitiva vigencia».

(Juan Antonio Pérez Lledó)

FARREL, Martín D.

Acerca de algunas falacias de atingencia en la argumentación moral.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 153-159.

El propósito del autor es demostrar cómo algunos argumentos que han sido considerados por los lógicos como falacias de atingencia (argumentos lógicamente incorrectos pero psicológicamente convincentes) no son realmente falaces dentro del contexto de la argumentación moral.
El autor examina tres tipos de falacias de atingencia: el argumento *ad misericordiam* y las dos variantes del argumento *ad hominem* (el ofensivo y el circunstancial), llegando a las siguientes conclusiones: el argumento *ad misericordiam* (con el cual se intenta que el sujeto actúe atendiendo a ciertas consideraciones caritativas) permite tomar en cuenta el cálculo de consecuencias, no siendo en estos casos un razonamiento falaz dentro de la argumentación moral; el argumento *ad hominem* ofensivo (con el cual «se trata de descalificar a quien defiende una opinión mostrando, no las deficiencias de la opinión misma, sino los defectos de quien la emite») permite en ocasiones tomar en cuenta la falta de imparcialidad o el cálculo de probabilidades, casos en los que tampoco es un argumento falaz dentro de la argumentación moral; por último, el argumento *ad hominem* circunstancial (con el que se trata de demostrar que la condición o circunstancia de un sujeto le impide defender una

opinión determinada y la invalida) permite llamar la atención acerca de inconsistencias en las tesis que se afirman, no siendo tampoco en estos casos un argumento falaz dentro del razonamiento moral.

(Daniel González Lagier)

FERNÁNDEZ, Encarnación.

Derecho social, democracia y pluralismo en G. Gurvitch.

Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas, Barcelona, núm. 13, 1987, págs 5-17.

El artículo trata sobre la idea de derecho social elaborada por Gurvitch en sus primeras obras, las que podríamos llamar obras del «primer Gurvitch» y que son fundamentalmente *L'idée du Droit Social, Le Temps présent e l'idée du Droit Social y L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*. La base filosófica de la idea de derecho social se encuentra, según pone de relieve el propio autor, en el transpersonalismo. El término transpersonalismo escogido por Gurvitch para designar su propia concepción metafísica, ética, filosófico-jurídica e incluso política, es poco afortunado y puede inducir a error a la hora de precisar el significado de su obra. Tal como él concibe el transpersonalismo éste presenta un carácter marcadamente antitotalitario y precisamente aparece como la verdadera premisa filosófica del régimen democrático. Así el derecho social es en la obra de Gurvitch el derecho de la democracia, proponiendo dicho autor la organización democrática no sólo de la vida política, sino también de la vida económica e internacional. Gurvitch concibe la democracia como un principio organizativo, es decir, un principio que atañe al modo de configurar la superestructura organizada de un grupo social. Pero la democracia no es un principio de organización exclusivamente político. El campo de acción de la democracia no necesariamente queda circunscrito al dominio de la organización política. Cualquier grupo social, de la índole que sea -político, religioso, económico, etc. puede organizarse democráticamente. En definitiva, la democracia consiste, para G. Gurvitch, en el enraizamiento de la organización en la comunidad subyacente. Las organizaciones democráticas son, desde su punto de vista, las organizaciones que se rigen por el derecho social -derecho social organizado basado en el derecho social inorganizado de la comunidad subyacente-, frente a las organizaciones no democráticas o «asociaciones de dominación» que se rigen por el derecho subordinativo, el cual implica una perversión del derecho social organizado, perversión que tiene lugar cuando el derecho de la organización se cierra a la influencia del derecho social inorganizado.
La noción de derecho social de Gurvitch es la base de un sistema de pluralismo jurídico, en el que una infinidad de grupos sociales distintos del Estado producen su propio derecho social autónomo, pluralismo jurídico que culmina con la afirmación de la supremacía del derecho social de la comunidad internacional sobre todos los demás órdenes jurídicos.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio.

La obediencia al Derecho.

Ed. Cuadernos Cívitas, Madrid, 1987, 254 págs.

Este libro tiene el objetivo de responder a la cuestión de si existe una obligación moral de obedecer

al Derecho y en qué circunstancias. Para ello parte de la consideración de los destinatarios del Derecho como agentes morales y de la afirmación de que un determinado sistema jurídico puede contar con razones morales a su favor, y postula como tesis central que existe una obligación moral de obedecer al Derecho justo y a las disposiciones jurídicas justas derivadas de la obligación moral más general que tienen los hombres de ser justos. A este respecto, el autor entiende «que un sistema jurídico es suficientemente justo cuando ha sido elaborado contractualmente y, además, respeta y garantiza el ejercicio de los derechos humanos fundamentales».

Para el autor «todo esto es compatible con la defensa de la postura de que existen, en algunas circunstancias, razones morales a favor de la obligación moral de desobedecer al Derecho injusto o a las disposiciones jurídicas injustas, razones morales para no obedecerlas u otras obligaciones morales más fuertes, en conflicto con ella, que invalidan la obligación moral de obedecer a un Derecho justo y a las disposiciones jurídicas justas». Por tanto, la obligación moral de obedecer al Derecho y a las disposiciones jurídicas justas se caracteriza por ser una obligación moral *prima facie*.

En el libro se analizan también otras posturas en torno a la pregunta acerca de la existencia de una obligación moral de obediencia al Derecho. Se estudian, entre las que responden afirmativamente la de la promoción de la justicia, el bien común y el consentimiento, de D. D. Raphael; la del deber *prima facie* de obedecer al Derecho, de Norbert Herster; y la del deber natural de justicia, de J. Rawls. También se incluyen las respuestas negativas de F. González Vicén y Javier Muguerza y las réplicas de M. Atienza y Elías Díaz, así como la tesis del respeto por el Derecho de J. Raz, que no es encuadrable en las dos posturas anteriores.

Finaliza este texto «con una defensa del liberalismo y de la fundamentación liberal de los derechos humanos fundamentales como la teoría y la práctica más acorde con el respeto a la dignidad, autonomía, libertad e igualdad humanas».

(Daniel González Lagier)

GARCÍA AMADO, Juan Antonio.

Derecho y racionalidad. La teoría del Derecho de Josef Esser.

Liber Amicorum. Colección de Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1988, págs. 549-571.

Se trata de un análisis global de la obra iusfilosófica y de teoría general del Derecho de Josef Esser. Se comienza con una breve caracterización, tendente a mostrar tres presupuestos muy generales, cuales son el realismo y orientación pragmática de la teoría de Esser, su visión esencialmente dinámica del Derecho y su constante preocupación por la racionalidad al operar con el mismo. Seguidamente, se pasa revista a aspectos concretos de la obra de Esser, referentes a cuestiones como las siguientes: idea general del Derecho, fuentes del Derecho, teoría de las normas jurídicas, Derecho judicial, principios generales, dogmática jurídica, conceptos jurídicos, instituciones, metodología jurídica y sus principales tendencias, y problemas de la racionalidad de la decisión jurídica.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio.

Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 111-131.

El principio de igualdad ante la ley ejemplifica prototípicamente los problemas que se plantean a la metodología jurídica, en particular el de la racionalidad de la decisión jurídica. Las jurisprudencias constitucionales vienen diciendo que la desigualdad de trato legal sólo es admisible cuando no es arbitraria, cuando está avalada por razones atendibles y es razonable. ¿Pero tal juicio de razonabilidad de la desigualdad es mera expresión de preferencias subjetivas del emisor, o tiene lugar en el marco de unos márgenes que lo limitan? Esta última es la tesis que se defiende. Existen límites derivados de la función del principio de igualdad en el Derecho, de la estructura del ordenamiento, del contexto legal en que se formule el principio, de los argumentos justificatorios de la igualdad, de la estructura del proceso argumentativo, y de la racionalidad de las valoraciones de fondo. Con todo ello no se desconoce que queda un margen de libre apreciación de la justificación de la desigualdad, pero ya no es un margen total y absoluto, sino limitado.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio.

Tópica, Derecho y método jurídico.

Doxa, Alicante, 1987, págs. 161-188.

Se examinan algunos rasgos fundamentales de la obra de Viehweg sobre la tópica jurídica y se pone ésta en relación con la problemática más actual y las principales direcciones contemporáneas de la metodología jurídica. También se hace mención de algunas de las críticas relevantes que la doctrina mencionada ha recibido. Se termina examinando si la tópica jurídica es realmente una doctrina del método jurídico y si sostiene una teoría consensual de la racionalidad jurídica. La tesis que al respecto se mantiene en el trabajo es que la tópica presupone un consenso respecto a los argumentos susceptibles de utilización como justificación de la decisión jurídica, pero no implica la idea de que sea posible justificar la opción por uno de ellos, y por la consiguiente decisión, como racional sobre la base de que sea alcanzable un consenso para tal elección.

GARCÍA SAN MIGUEL, Luis.

El pensamiento de Leopoldo Alas «Clarín».

Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, 340 págs.

En el presente volumen, que arranca con una breve biografía de Leopoldo Alas «Clarín», el autor se detiene a estudiar el pensamiento de éste, ocupándose particularmente de sus ideas filosóficas *(gnoseología y metafísica, filosofía jurídica y moral* y *filosofía de la educación)*, religiosas, políticas y sociales. En el epílogo (del radicalismo a la moderación) el autor escribe: «En lo que hemos llamado *período católico-juvenil*, hemos visto un Alas católico y, al mismo tiempo, liberal y republicano en política. Un Alas, por tanto, contradictorio que, de mala manera, trataba de armonizar artificialmente dos posturas incompatibles. Vimos luego cómo esta armonía se rompe durante el *período madrileño*, hacia 1872, momento en el que se hace krausista y adopta, por tanto, una filosofía y religiosidad «heterodoxa», al tiempo que toma contacto con grupos republicanos y se hace simpatizante del «piymargalismo». Esto mismo puede expresarse negativamente diciendo que es militante anticatólico y antimonárquico.

[...] En el orden político, Alas cuestiona la monarquía como forma de Estado, pero no, al menos no radicalmente, el orden social establecido. No es un revolucionario, aunque en algunos aspectos se aproxima a los que lo son.

Un nuevo cambio va a producirse hacia 1880 [...] abandona el radicalismo y experimenta un cambio en su manera de pensar y de sentir [...] Comienza entonces lo que pudiéramos llamar su *época reformista* [...] durante los aproximadamente diez años que median entre 1880 y 1889, Clarín, sin perder sus primeros ideales, va haciéndose más contemporizador con lo existente, sin duda porque toma conciencia de la solidez que tiene y porque piensa, en consecuencia, que el cambio sólo podrá llegar a través de una lenta evolución.

[...] Hacia 1892, o quizás algo antes, comienza el que hemos llamado *período místico* [...] Alas es ahora, sobre todas las cosas, un hombre religioso, que quizás piense en volver al seno de la Iglesia católica a poco que ésta abandone su rígido dogmatismo. Tenía, en cierto modo, un problema parecido al de Giner: éste, años atrás, dudó mucho antes de decidirse a abandonar la Iglesia. Alas dudaba ahora antes de decidirse a entrar.»

(Josep Aguiló Regla)

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

Acerca de la tesis de la separación entre ética y política.

Sistema, Madrid, núm. 76, 1987, págs. 111-119.

«Hartmut Kliemt -escribe Ernesto Garzón-, en un sugestivo trabajo (1986), ha propuesto analizar la "tesis de la separación" entre moral y política en dos niveles: el descriptivo y el prescriptivo, estableciendo a la vez una distinción entre moral esclarecida o ética y moral positiva o mores. Me propongo analizar aquí más de cerca la "tesis de la separación", en cada una de las cuatro posibilidades de combinación presentadas por Kliemt, con el objeto de dilucidar si ella es verdadera o falsa, correcta o incorrecta.» Las cuatro alternativas son las siguientes: en el nivel descriptivo la «tesis de la separación» puede querer decir: 1) la ética no juega ningún papel en la política; o 2) la moral positiva no juega ningún papel en la política. Y a nivel prescriptivo: 3) la ética no debe jugar ningún papel en la política; o 4) la moral positiva no debe jugar ningún papel en la política.
Finalmente, tras el referido análisis, Ernesto Garzón concluye: «Es probable que, no obstante, los argumentos aquí expuestos, la "tesis de la separación" sigua teniendo un respetable número de adeptos. La razón de ello se debe no sólo a la confusión de las diversas versiones aquí presentadas y a su evaluación indiscriminada, sino también al hecho de que los políticos suelen aducir que toda decisión política importante implica fatalmente el sacrificio de algún bien vital en aras de otro. Es decir, las decisiones políticas serían "elecciones trágicas" que impiden la aplicación de criterios éticos. Este tratamiento de las "elecciones trágicas" conduce sorprendentemente a la conclusión de que una ética normativa no puede solucionar los casos de conflictos de intereses y vuelve a cometer el error de atribuir a las normas éticas carácter incondicionado.
Y, finalmente -continúa Ernesto Garzón-, hay otra razón adicional que estimula la aceptación de la "tesis de la separación": la actitud pesimista provocada por los fracasos innegables de las normas éticas en el campo de la política. De aquí suele inferirse que ellas no juegan ningún papel en la vida política. Pero esto es tan correcto como inferir de las violaciones cotidianas de la ética en la vida privada de los hombres que ella no juega o no debe jugar ningún papel en este campo.»

(Josep Aguiló Regla)

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

El concepto de estabilidad de los sistemas políticos.

Ed. Centro de Estudios Constitucionales (Cuadernos y debates núm. 1), Madrid, 1987, 111 págs.

Este texto se divide en dos partes; en la primera se propone una definición del concepto de estabilidad de los sistemas políticos y en la segunda se procura demostrar su plausibilidad aplicándola a casos de la historia de América Latina.
Se parte de la distinción -a veces descuidada- entre estabilidad, legitimidad y legitimación (referida

esta última en este trabajo a «aceptación»). El primer paso para la definición de estabilidad es su calificación como «propiedad disposicional», es decir, como propiedad cuya verdad o falsedad depende de la existencia o no de cierta tendencia o propensión. Así, en un primer momento puede darse la siguiente definición (a lo largo del texto estas definiciones se van concretando): «Un determinado sistema político (S*)es estable si y sólo si en determinadas circunstancias (C) tiene la tendencia (disposición) a reaccionar en forma tal que logra mantener su identidad (Ri).» Para concretar el concepto de «identidad» el autor lo identifica con la regla de reconocimiento, tal como la entiende Hart. De esta forma puede decirse que «un determinado sistema político (S*) es estable si y sólo si en determinadas circunstancias (C) tiene la tendencia (disposición) a reaccionar de forma tal que logra mantener su regla de reconocimiento (Rr)».

Ahora bien, no todo cambio en el sistema es contrario a su estabilidad. Aquí hay que distinguir entre explicación (aquellos cambios que desarrollan el sistema sin modificar sus fundamentos) y mutación (cuando sí se ven alterados los fundamentos mismos del sistema). Por tanto, «un determinado sistema político (S*) es estable si y sólo si en determinadas circunstancias (C) tiene la tendencia (disposición) a reaccionar de forma tal que sus cambios sean una explicación de su regla de reconocimiento (Rr)». Las circunstancias en las que el sistema tiende a reaccionar conforme a su regla de reconocimiento son aquellas vinculadas con el ejercicio institucionalizado del poder. Hay «casos límite» entre la explicación y la mutación originados desde el punto de vista interno del sistema (los que resultan de contradicciones internas de la regla de reconocimiento, los que derivan de su incapacidad para dar solución a problemas que surgen dentro del ámbito de su vigencia y aquellos que son solucionables a través de una explicación de la regla de reconocimiento) y «casos limite» originados desde el exterior; todos ellos son tratados con ejemplos por el autor.

El último problema en relación con la definición de estabilidad que aborda el autor es el del tiempo que hay que tomar en cuenta para afirmar la estabilidad de un sistema: ante la imposibilidad de señalar períodos concretos hay que referirse a factores contextuales. En definitiva, «un determinado sistema político es estable si y sólo si en los casos vinculados con el ejercicio institucionalizado del poder, sean éstos «normales» o «límites», tiene la tendencia a reaccionar de forma tal que sus cambios son una explicación eficaz de su «regla de reconocimiento» y esta tendencia se mantiene durante un lapso significativo desde el punto de vista de su contexto histórico y regional».

En el segundo apartado el autor clasifica los ejemplos analizados en sistemas 111, 110, 101 y 100 según reúnan (1) o no (0) las características de existencia, legitimidad y estabilidad, respectivamente. Se trata de ejemplos tomados del pasado y del presente de América Latina con los que fundamenta la definición propuesta e ilustra la defendida distinción entre tales tres características.

(Daniel González Lagier)

GARZÓN VALDÉS, Ernesto.

Entrevista con Ernesto Garzón Valdés (realizada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero).

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 413-426.

En esta entrevista, realizada por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, Garzón Valdés responde a ocho

preguntas que le permiten referirse a un conjunto de cuestiones diversas que abarcan temas como las claves del importante desarrollo de la filosofía del Derecho en Argentina; temas relacionados con su biografía académica; cuestiones suscitadas por algunos de sus trabajos; su actitud, en cuanto ciudadano, respecto a los problemas políticos básicos; su valoración y comparación de la filosofía jurídica y social y de las instituciones universitarias en Alemania, España y Argentina; su opinión acerca de la situación actual de la filosofía moral y sus proyectos en el campo de la teoría ética.

(Daniel González Lagier)

GIANFORMAGGIO, Letizia.

Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio (trad. de Juan A. Pérez Lledó).

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 87-108.

La autora delimita su análisis de la interpretación jurídica en tres fases:
1. Se ocupará de la interpretación referida al significado *del* Derecho (de un particular segmento del Derecho, como respuesta a la pregunta «¿qué dice, o prescribe, el Derecho?», lo cual significa dar contenidos a la forma de la juridicidad), y no al significado *de* Derecho (como respuesta a la pregunta «¿qué es el Derecho?», que significa plantearse el problema de la juridicidad, del concepto de Derecho).
2. Se referirá a la interpretación *de la ley*, entendida como una de las fuentes del Derecho, como norma general escrita.
3. Se centrará en la interpretación *como actividad dianoética*. Junto a la habitual distinción entre «interpretación-actividad» e «interpretación-producto», la autora parte aquí de la distinción entre: a) *actividad noética*: una comprensión, un entender, el fenómeno mental de la atribución de un significado a un texto, cuyo resultado es un significado, lo que se ha entendido; b) *acto lingüístico*: una adscripción de significado; y c) *actividad dianoética*; un razonamiento, una justificación, cuyo resultado es una proposición del tipo «el signo S ha de entenderse como S'», y es la conclusión de un argumento. Según la autora, la distinción entre «contexto de descubrimiento» y «contexto de justificación» sigue siendo importante, y el examen del método o camino que siguen los juristas intérpretes (produciendo y estructurando argumentos justificativos de sus interpretaciones) ha de tomarse en serio.
Acotado así su estudio, la autora formula dos tesis:
1. De la especificación de los caracteres de la interpretación-actividad noética o de la interpretación-acto lingüístico *no se* puede inferir la presencia o la ausencia de esos mismos caracteres en la interpretación-actividad dianoética: así, ni de la obviedad de que la interpretación como actividad noética no es una actividad lógica, ni de la obviedad de que, al no existir significados genuinos de los signos, no existen interpretaciones como producto del acto lingüístico que sean «verdaderas», se puede inferir que la justificación interpretativa (actividad dianoética) no es lógica, sino simplemente retórica.
2. Nada se puede inferir, en cuanto a los caracteres propios de una argumentación interpretativa, de los caracteres propios de la relación signo/significado. Y ello porque las argumentaciones interpretativas no pueden tener signos como premisas y significados como conclusiones. Tanto el punto de partida como el de llegada de un trayecto argumentativo son «enunciados interpretados», signos significantes. La conclusión de un argumento interpretativo no es el significado del signo que se quiere interpretar, sino una tesis interpretativa, según la cual un signo (texto) se puede sustituir por otro, porque ambos tienen el mismo significado. De lo anterior se sigue que el hecho de que una relación signo/significado no tenga carácter lógico nada dice acerca del carácter lógico o no de una argumentación interpretativa.
Las dos tesis «negativas» anteriores dejan todavía intacta la plausibilidad de la extendida tesis de que los argumentos interpretativos no son lógicos sino retóricos. Y aquí la autora sólo pretende deshacer

algunos equívocos derivados de la ambigüedad del término «argumento» en estos contextos: como cadena completa de argumentación *(logos)* o sólo como premisa del razonamiento *(topos)*. Del argumento como *topos* sólo es predicable su bondad o fuerza retórica, no su validez, lógica. Del argumento como *logos* es predicable su validez lógica, y también su fuerza, pero esto último sólo en sentido figurado, por sinécdoque: porque su argumento-premisa es retóricamente persuasivo. Lo que carece de sentido, es decir, de los argumentos *en general* que no son válidos sino fuertes, mientras no explicitemos el sentido en que estamos utilizando el término «argumento».
Por último, la autora pone a prueba sus anteriores consideraciones analizando un caso práctico de argumentación interpretativa.

(Juan Antonio Pérez Lledó)

GIL CREMADES, Juan José.

Filosofía del Derecho y compromiso político: Alfredo Mendizábal (1897-1981).

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 563-587.

Este artículo tiene el propósito de aportar algunos datos relativos a la historia de la Filosofía del Derecho española durante el siglo XX, en concreto datos referentes a la vida y la obra de Alfredo Mendizábal.
Para ello, en un primer apartado *(«Edad de plata» de la ciencia jurídica en España)* se describe el panorama que presentan las ciencias jurídicas en los años veinte y treinta de este siglo, señalando las instituciones, las publicaciones, las corrientes intelectuales y las figuras más sobresalientes de la época. En los siguientes apartados *(Formación paterna: el Derecho natural católico, El compromiso político: la II República y La guerra, en el exilio, el olvido)* el autor se centra en la figura de Alfredo Mendizábal, señalando los momentos más relevantes de su formación y de su carrera universitaria, las influencias recibidas, sus obras, su compromiso político con la II República y su exilio durante la dictadura de Franco.

(Daniel González Lagier)

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe.

Ludwig Feuerbach y los orígenes filosóficos del marxismo.

Sistema, Madrid, núm. 76, 1987, págs. 33-47.

«La conciencia revolucionaria -escribe Don Felipe- va a ser lo que, en último término separa a Marx de Feuerbach. De principios sustancialmente iguales se van a extraer consecuencias contrapuestas. Ya Marx había escrito una vez: "Los aforismos de Feuerbach no acaban de satisfacerme, porque se refiere demasiado a la naturaleza y muy poco a la política. Y, sin embargo, esta última alianza es la única por

virtud de la cual la filosofía actual puede hacerse verdad." Esta admonición a Feuerbach, esta alusión a la práctica, va a ser el motivo determinante en las relaciones entre Marx y Feuerbach...» (pág. 42).
«Lo que Marx nos ofrece en contradicción con Feuerbach es un universo de objetos y relaciones, y en el centro de este universo, el hombre como demiurgo, como praxis y acción creadora. No hay un objeto ni una relación humana que no tenga como origen la praxis, la actividad del hombre [...] La actividad humana, y no sólo la intelectual y abstracta propia del racionalismo moderno, sino como praxis y trabajo en su sentido más inmediato, es lo que hace al hombre el creador de su mundo de objetos. El no haberlo entendido así es el gran reproche que Marx hace a Feuerbach...» (págs. 46 y 47).
«Pero el hecho de que el hombre intervenga constantemente en la creación y articulación de la realidad le abre el camino también para la rectificación o destrucción de esta realidad. O, en otras palabras, hace al hombre sujeto no sólo de una praxis constructiva sino también de una praxis revolucionaria [...] El hombre, empero, actor y sujeto de la historia, puede descubrir y descubre en ocasiones la incongruencia de la idea, porque la realidad no es realidad verdadera, "tal y como debe ser". Es entonces cuando la praxis se hace revolucionaria, y si no reconoce como realidad lo que se da fácticamente en la historia, la cambia y la sustituye por otra, ésta, sí, verdadera.
Y así la contraposición entre Feuerbach y Marx puede expresarse con las palabras de la última *Tesis* de Marx: "Los filósofos sólo han interpretado el mundo de distinta manera; de lo que se trata es de cambiarlo."» (Pág. 47.)

(Josep Aguiló Regla)

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe.

Rudolf von Jhering y el problema del método jurídico.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 223-248.

«Ninguna obra refleja más exactamente la gran controversia metodológica del último siglo dentro de la ciencia del Derecho que la obra de Rudolf von Jhering. Ni en ninguna otra puede seguirse como en ella paso a paso el proceso que lleva al resultado último de esta controversia, es decir, al tránsito de un concepto formal a un concepto social y sustantivo del derecho.
Con su radicalismo congénito, Jhering va a constituir, en la primera fase de su obra, la versión más extrema del formalismo jurídico. La "jurisprudencia conceptual", como él mismo iba a bautizar a la dirección, la reducción a conceptos de las proposiciones y relaciones jurídicas, su enlazamiento formal y su constitución en sistema, va a encontrar en Jhering el valedor más tenaz y decidido durante un cuarto de siglo. Tan tenaz y decidida como va a ser su crítica aniquiladora de este mismo conceptualismo en la segunda mitad de su vida. Todos los motivos que animan la crítica al formalismo jurídico hacia mediados del siglo parecen darse cita en su obra, del mismo modo que ella señala también la dirección general que va a seguir, después de él, el pensamiento jurídico. En este sentido, la obra de Jhering tiene, puede decirse un valor paradigmático. Otros juristas calaron más hondo en la crítica del conceptualismo jurídico, y no hay duda de que en Jhering la mordacidad cáustica apenas si oculta en ocasiones la inconsistencia de sus argumentos. No obstante lo cual, en vano se buscaría una obra que, en un conjunto, mejor nos muestre la transformación experimentada por la ciencia jurídica europea desde que se apagan los ecos de la Escuela histórica y pasan al olvido las últimas grandes construcciones jusnaturalistas.»

(Josep Aguiló Regla)

GUIBOURG, Ricardo A.

El fenómeno normativo.

Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, 202 págs.

Se trata de un libro en el que se recoge un material «escrito en diversas épocas y en su mayoría publicado bajo forma de artículos o ponencias» que tiene como denominador común el tratarse de un acercamiento al fenómeno normativo a la luz de nuevas líneas metodológicas «y de cara a la conciencia del tiempo actual».
El punto de partida (capítulo I) es el concepto de acción humana, que puede considerarse como el objeto del fenómeno normativo. Esta se define como un conjunto de dos acontecimientos tales que el primero es un cambio físico o mental o un conjunto de cambios físicos o mentales de un ser humano o de un grupo de seres humanos, y el segundo un acontecimiento o situación que es idéntico al primero o integra una cadena causal a partir de éste; la relación entre ambos acontecimientos se representa

lingüísticamente con la atribución del segundo acontecimiento al sujeto del primero. Se ocupa también el autor en este capítulo de la descripción de acciones y del tratamiento de la omisión. Otro enfoque (capítulo II) es el realizado desde una teoría de las normas y una lógica normativa (que incluya una lógica de la acción). En este punto el autor se centra en la obra de Von Wright, tratando del concepto de norma, las lógicas del cambio, de la acción y deóntica, del análisis y clasificación de las normas, de las normas de orden superior (aquellas cuyo contenido es otra prescripción) y concluyendo el capítulo con una referencia a las condiciones extrasistemáticas de la lógica deóntica. Pero la lógica deóntica requiere para su utilidad una relación de isomorfismo con el sector de la realidad que pretende analizar. Para ello el autor propone (en el capítulo III) una formalización de los conceptos jurídicos redefiniendo las palabras del lenguaje del jurista «con un toque de observación empírica, dependiente de la aplicación de sanciones o del resultado de los procesos».

A continuación (capítulo IV) se examinan los distintos fenómenos que son objeto del interés de los juristas, para diferenciarlos y asignar a uno de ellos el título de «fenómeno jurídico»; se estudia la «técnica de poder» de las lagunas, así como otros criterios de decisión, explícitos, como los contenidos en las normas positivas o los principios generales, o implícitos, como la equidad (capítulo V); y se dedica un apartado a la «revolución informático-jurídica» (capítulo VI) y a una reflexión acerca de la estructura del sistema normativo de cara a la construcción de sistemas expertos (capítulo VII). En esta reflexión se propone sustituir el «antiguo concepto de norma», por «un modelo de secuencia condicional integrada en un sistema más amplio y dependiente de éste»; en definitiva, «el modelo a proponer (...) ordenará las secuencias que componen un sistema en distintos niveles indicativos de la función que aquéllas cumplan en el razonamiento decisorio; pero, aparte de estos niveles intersecuenciales (o clasificatorios de consecuencias), distinguiremos otros niveles (los intrasecuenciales) que corresponden a otra dimensión normativa. Aquella en la que se mide la profundidad del análisis de cada secuencia»; estas distinciones permiten, según el autor, «apreciar y ordenar funciones que en el esquema tradicional son casi inasibles, dar un lugar en el sistema normativo a las definiciones y a los criterios sobre apreciación de pruebas tanto como a las disposiciones sobre competencia o reenvío (...)».

El libro concluye con algunas consideraciones acerca de la Ciencia Jurídica (capítulo VIII), su situación actual y su futuro.

(Daniel González Lagier)

GUIBOURG. Ricardo A.

El papel de la norma en la despersonalización del poder.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 119-129.

Este artículo trata de poner de manifiesto cómo los gobiernos *de facto* se apresuran a dotarse de instrumentos normativos que les permitan presentarse a sí mismos como gobiernos *regulares* y a sus actos como ejercicio no de un poder desnudo sino de facultades normativamente conferidas. En este sentido, el autor estudia el modo de proceder de diferentes gobiernos resultantes de un golpe de Estado en la reciente historia argentina (a los que denomina «modelo 1955», «modelo 1962», «modelo 1966»

y «modelo 1976»), concluyendo que, «aun por encima de las diferencias o semejanzas que puedan observarse de un modelo a otro, se advierte una constante en la relación entre poder y norma. En efecto, quien ejerce el poder se siente desnudo frente a sus súbditos si no tienen alguna norma que ampare sus acciones. Por tanto, o bien invoca normas anteriores, acaso con cierto auxilio religioso (modelo 1955), o finge que su poder es el mismo que ejercían sus predecesores (modelo 1962), o da rápida expresión normativa a su poder y se apoya luego en esas normas, como si quisiera olvidar que fue él mismo quien las dictó (modelos 1966 y 1976)».

En definitiva, la norma proporciona la coartada justificativa de las acciones y conductas que el gobernante impone a sus súbditos (aludiendo a aquélla). No obstante, «la necesidad de justificación y, en especial, la búsqueda de esta justificación en la invocación de normas generales es precisamente el flanco débil del despotismo», pues el ordenamiento jurídico se convierte, en manos del gobernado, en un medio de control, limitación y moderación de la arbitrariedad de unos gobernantes «que no se sienten a gusto cuando se les sorprende incursos en acciones opuestas a las normas y a los valores en los que intentan justificar su poder». Además, «en nuestros tiempos es posible incluso prever una evolución favorable a partir del actual disimulo, ya que la arbitrariedad tiende a hacerse técnicamente insostenible».

(Angélica Such)

GUISAN, Esperanza.

Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea.

Anuario de Filosofía del Derecho, núm. 4, 1987, págs 9-29.

El presente artículo trata de demostrar con relación al principio de igualdad «los dos puntos siguientes *a)* las éticas teleológicas en su variedad de éticas del bienestar, contienen principios relativos a la igualdad o imparcialidad; *b)* el principio del bienestar es el punto de referencia que da sentido y contenido a cualquier teoría de la justicia que pretenda defender la igualdad de trato».
En primer lugar, la autora revisa la idea de imparcialidad en la metaética contemporánea analizando las posturas de Albert, Baier, Toulmin, Brand y Hare, para pasar a continuación a revisar las ideas de imparcialidad y bienestar en la ética normativa contemporánea. Aquí la autora explica cómo las éticas de la «felicidad no sólo no rechazan sino que destacan los principios de igualdad de trato entre las personas, o imparcialidad en la consideración de todo el mundo por igual, y que presentan además un elemento de interés adicional respecto a las éticas de principios, a saber: una definición sustantiva de la justicia, un punto de contraste y referencia que da sentido a los principios de igualdad, equidad e imparcialidad, o como quiera que deseemos denominarlos». Puede resultar cierto como señala la autora, que la expresión «bienestar» sin mayores especificaciones o cualificaciones, pudiera dar lugar a conservadurismos, por cuanto las preferencias de los hombres son fruto de la socialización a que han sido sometidos. Sin embargo, «cuando se cualifica el bienestar, las preferencias y los intereses, conforme a los requisitos de ilustración, imparcialidad, libertad y coherencia con los principios adoptados, se percibe inmediatamente que una teoría que pretenda defender adecuadamente el derecho al trato igual si no quiere convertirse en puro misticismo, verborrea demagógica o panfleto, ha de buscar sus raíces en una ética normativa y una metaética que engloben por igual los tres vértices del triángulo ético: racionalidad práctica, imparcialidad y bienestar».

(Francisco López Ruiz)

GUISAN, Esperanza.

Las repercusiones prácticas de la metaética o la relevancia ética de la metaética.

Sistema, Madrid, núm. 78, 1987.

Este trabajo «pretende ser una breve declaración de principios a favor de la necesidad de dedicar tiempo y espacio a la metaética» en cuanto que ésta es «la fuente de legitimación de la praxis cotidiana».
El artículo se divide en dos partes. En la primera se tratan las diversas ramas de la Teoría Ética, distinguiendo entre ética descriptiva, ética normativa o prescriptiva, metaética o ética crítica y ética

práctica o aplicada. En concreto la autora entiende que «la ética crítica o metaética no se reduce (...) a "analizar" los términos éticos. Sus metas, resulta evidente, no son en ningún caso lingüísticas, sino epistemológicas, fundamentalmente. Se trata de una *teoría del conocimiento moral*, cuya pretensión es, ni más ni menos, que la de indagar acerca de la posibilidad y forma de la justificación de los enunciados de la ética prescriptiva o normativa». En este apartado se ocupa también de las relaciones entre estas cuatro fases: «La ética normativa reflexiona sobre la descriptiva. La ética crítica o metaética se ocupa de la ética descriptiva fundamentándola, validándola y/o invalidándola. O, lo que es igual, el punto de partida son los hechos brutos de la moralidad (ED) sobre los cuales delibera y arbitra normas y principios pertinentes la ética normativa (EN), la cual, a su vez, precisa ser sancionada, para justificar el acierto o desacierto de sus decisiones, por una ética crítica (EC) o metaética (ME) adecuada. Cuando los principios de la EN reciben el respaldo de la EC, la teoría filosófica vuelve a engarzarse con el mundo de experiencia cotidiana para dictaminar acerca de la corrección o incorrección de las opciones políticas, sociales, etcétera, diversas (EP).»
La segunda parte del artículo se centra en las relaciones entre la metaética y la praxis. Para la autora la metaética tiene la función de introducir en la práctica mayor racionalidad e indica que «podría decirse que se requieren dos tipos de esclarecimientos previos a fin de que la discusión sobre los temas de la ética aplicada resulte racionalmente provechosa: *a)* La explicitación de los privilegios o valores a tenor de los cuales se aprueba una práctica social (...); *b)* La explicitación de los principios en virtud de los cuales uno ha asumido los principios regulativos o valores primeros de su ética normativa». Continúa este apartado con un breve comentario de las diversas concepciones metaéticas que más impacto han causado en la filosofía contemporánea, destacando que «de una actitud claramente no racionalista, cuando no rayando en el irracionalismo, se han ido quemando sucesivamente etapas en una línea tendente a la afirmación de la posibilidad de legitimar determinados principios en base a argumentos racionales», lo que incide en gran medida en la ética práctica.

(Daniel González Lagier)

HERNÁNDEZ GIL, Antonio.

Bobbio y el positivismo lógico.

Revista de Ciencias Sociales, Valparaíso, núm. 30, 1987, págs. 135-145.

Este artículo se estructura en cuatro apartados. En el primero de ellos («La tesis de Bobbio. Alcance de su adscripción al positivismo lógico») el autor sostiene que la atención prestada por Bobbio al positivismo lógico «no permite considerarle integrado en su seno de manera completa ni siquiera esencialmente significativa. Ello es así, de un lado, en cuanto dota a la ciencia -señaladamente a la jurídica- de cometidos que exceden ampliamente de tal doctrina».
De otro lado, por lo que sostiene respecto a la lógica: «Bobbio, con un pluralismo tan marcado como él insinúa, propende a una lógica material. No parece que tal pluralismo quede exclusivamente referido a las posibilidades de una lógica no circunscrita a los criterios de verdad y falsedad, como acontece en la lógica deóntica y en la modal.» Si el pluralismo de la lógica radica, en cambio, en el carácter convencional de las proposiciones primitivas, hay que decir que la convención, de suyo, no es lógica,

ni todas las proposiciones «primitivas» han de considerarse exclusivamente convencionales. El positivismo lógico, en cuanto positivismo, descansa en una base empírica.

En el segundo apartado («Rigor discursivo y lenguaje. Apreciaciones críticas») se sostiene una más clara situación de Bobbio en el ámbito de ciertos aspectos del positivismo lógico cuando encarece el entendimiento de la verdad como rigor propiciando más una uniformidad de las investigaciones lógicas que un pluralismo. Bobbio identifica discurso riguroso y lenguaje riguroso, que se manifiesta en la formación de las proposiciones y en la transformación. Para Bobbio la investigación del jurista tiene como principal objeto el lenguaje del legislador a fin de construir un lenguaje jurídico como lenguaje riguroso, si bien, al explicar la obtención de este lenguaje riguroso «nos parece que no discrimina suficientemente las operaciones y los criterios utilizados por la ciencia jurídica tradicional de signo racionalista... de los propios y específicos del moderno análisis del lenguaje». El mérito de Bobbio descansa en haberse percatado del valor del positivismo lógico y el análisis del lenguaje para la investigación jurídica más que en la realización de ciencia jurídica (lógica o filosofía del lenguaje) bajo el signo de estas corrientes.

A continuación («Conceptualismo y positivismo lógico en Bobbio») se nos plantea hasta qué punto lo que Bobbio concibe como lenguaje riguroso en el tratamiento del Derecho es proyección del positivismo lógico o simple perfeccionamiento del método tradicional conceptual. En el primer caso la palabra es definida mediante su uso, en el segundo es medio de expresión y de definición; no obstante, cabe plantearse si en el conceptualismo se contienen algunas anticipaciones de lo que puede ser el positivismo lógico.

Por último («Particular significado del lenguaje en el Derecho y en la ciencia jurídica»), el autor hace constar que en el planteamiento hecho por Bobbio del tema del lenguaje se echa de menos el particular significado que ofrece en la ciencia jurídica la consideración del lenguaje. La ciencia jurídica recae sobre algo que precientíficamente es ya lenguaje; ello se traduce en limitaciones para el propio lenguaje científico, siendo sólo en cierto modo un metalenguaje normativo, ya que el logro de un lenguaje riguroso se centra no tanto en el lenguaje cuanto en el metalenguaje. «Si el positivismo lógico admite que los sistemas semánticos corrigen la convención, esto acontece con toda claridad en lo jurídico.»

(Ángeles Ródenas Calatayud)

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael.

La obligatoriedad del Derecho.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 619-623.

El texto analiza los diversos significados del enunciado «la disposición jurídica d es obligatoria». Se estudian las dos siguientes acepciones: (1) «La disposición jurídica d tiene fuerza obligatoria» (entendiendo a [1] como una aserción); (2) «Es obligatorio obedecer la disposición jurídica d».
Respecto a (1) el autor llega a la conclusión de que es falsa, suscribiendo la posición de Olivecrona de que «la fuerza obligatoria» del Derecho sólo es en realidad una idea de la mente humana.
Respecto a (2) distingue aún tres sentidos: (2. 1) «Obligatorio obedecer la disposición jurídica (prescriptiva) d»; (2. 2) «Existe un precepto, jurídico o moral no positivo (no establecido por el hombre), según el cual es obligatorio obedecer la disposición jurídica (positiva) d»; (2. 3) «Existe un precepto ético positivo (establecido por el hombre), según el cual es obligatorio obedecer la disposición jurídica (positiva) d».
El autor considera que (2. 1) es una prescripción -y, por tanto, carece de valor de verdad o falsedad- y es, además, repetitiva, pues no dice nada que no diga ya la propia disposición jurídica d. A la aserción (2. 2) la considera una aserción falsa, ya que el autor rechaza la existencia de preceptos no positivos (en el sentido de no establecidos por el hombre). Por el contrario, (2. 3) es una aserción verdadera.
El autor concluye este breve artículo reflexionando acerca de la polémica entre F. González Vicén y E. Díaz sobre la obediencia al Derecho. En este sentido opina que «el desacuerdo entre González Vicén y E. Díaz se debe, más que al hecho de que ambos hablan de conciencias individuales distintas, al hecho de que han elegido distintos conjuntos de preceptos éticos como patrón de las disposiciones jurídicas positivas o a que sustentan concepciones distintas acerca de las disposiciones jurídicas.

(Juan Sala Puche)

HERRERA FLORES, Joaquín.

Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 403-431.

Ante la existencia de, por un lado, investigaciones dirigidas a concretar el fundamento o fundamentos posibles «de nuestra tabla de valores jurídicos y, en un sentido más general, del conjunto de derechos humanos», y, por otro, «de opiniones y trabajos que parten de la base de que dichos esfuerzos fundamentadores no conducen a nada positivo, o bien confunden más que aclaran el objeto de su estudio», el autor cree necesario afrontar una serie de cuestiones previas acerca del concepto de fundamentación y «de la estructura formal que dicha fundamentación debe tomar como base procedimental de su desarrollo material».

Tras un apartado de introducción, el autor contrapone en el segundo apartado *(Fundamentalismo* versus *fundamentación)* los conceptos de fundamentación y fundamentalismo, agrupando bajo esta última denominación todas las perspectivas absolutistas en la tarea de justificación de valores. Afirma que «intentar fundamentar la moral en principios generales es aceptar que sólo hay una moral que los posea -con lo que se incurriría en fundamentalismo-; hacer referencia al conjunto de necesidades y valores que se encuentran en la base de la fundamentación, conlleva el reconocimiento de la pluralidad y diversidad de los mismos en función de los diferentes contextos en que aparecen y en los que encuentran su posibilidad de satisfacción».

En el apartado III *(Radicalidad y suficiencia de la fundamentación de los valores)* el autor opina que ha de optarse no por una fundamentación absoluta y necesaria, sino por «una fundamentación *suficiente que, por un lado, parta de la evidencia material de la relación entre la experiencia y los valores jurídicos o tendentes al reconocimiento constitucional, en función de las exigencias expresadas a través del conjunto de necesidades humanas con relevancia moral; y, por otro, de una propuesta teórica y metodológica* que reivindique la racionalidad crítica e intersubjetiva y la posibilidad de aplicar esa racionalidad discursiva y práctica al estudio de los valores básicos». Tal fundamentación, afirma el autor, no se limitaría al mero plano del discurso racional, porque la racionalidad vendría concretada por la conexión entre hechos y valores y por la contextualización de estas objetivizaciones en la «historia conceptual» (es decir, en la historia como «proceso de constante discusión, crítica y revisión fáctica de los significados de los términos y de las producciones culturales»).

Tras hacer en el apartado IV *(Delimitación y clarificaciones de la estructura formal de la fundamentación)* una síntesis crítica del ensayo de Norberto Bobbio *L'illusion du fondament absolu*, el autor plantea en el último apartado del artículo *(Conclusiones)* una estructura formal de fundamentación que reúna los caracteres de racionalidad, teleología e intersubjetividad. La racionalidad vendría dada, por un lado, a través del consenso social acerca de las instituciones normativas existentes y, por otro, por la constatación de la pluralidad de órdenes normativos que postulan metas alternativas al estado de cosas dominante. Su carácter teleológico derivaría de la necesidad de «postular como fines y objetivos los valores que conforman el inacabado proyecto ilustrado de modernidad». Por último, la intersubjetividad vendría dada por el reconocimiento formal de las necesidades y expectativas individuales o grupales a través del «consenso» o «diálogo racional».

(Daniel González Lagier)

HERRERA FLORES, Joaquín.

Reflexiones teóricas sobre el uso contemporáneo del Derecho natural como método.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 289-326.

El presente texto se estructura en tres apartados: I. *Introducción*; II. *El Derecho natural contemporáneo como resto formal y metódico*, subdividido a su vez en dos apartados: II. 1 *Derecho natural como método*. II. 2 *Derecho natural ¿concepto histórico o formal?* y III. *Condiciones de aplicación del Derecho natural en la teoría jurídica contemporánea*, subdividido en tres apartados:

III. 1 *Superación de lo natural*. III. 2 *Concepción activa y crítica de la racionalidad*. III. 3 *La experiencia jurídica como «totality approach»*.

El autor asume de forma crítica la tradición iusnaturalista: el Derecho natural se centra en la oposición entre lo real y lo racional; el proyecto ilustrado debe entenderse como un intento de acabar con esta tensión entre «lo que es» y «lo que debe ser». En consecuencia, si bien dicho intento debe considerarse inalcanzado, posee virtualidad en cuanto pauta desde la que enjuiciar críticamente la realidad.

El autor propone entender el Derecho natural como «resto» formal y metódico consistente en una metaética de lo jurídico, «como método de acercamiento a los valores, y a la normatividad en general (...) y, por otro lado, como el modelo teórico que permite la interconexión de los diferentes momentos que componen cualquier objetivación cultural».

Esta concepción metodológica hace necesario abordar los tres momentos siguientes: 1. la superación de lo natural, entendida como «rechazo de considerar a cualquier ley como un enunciado veritativo» y admitiendo «como única ley natural la del constante cambio y mutación de lo real en todas sus vertientes»; 2. la concepción de la racionalidad, ya que ésta es el instrumento por medio del cual opera el Derecho natural. Así, ser racional no es sólo la actuación conforme a determinadas reglas (racionalidad pasiva), sino que la asunción de los valores como normas universalizables hace posible la crítica a dicho comportamiento (racionalidad activa), 3. la experiencia jurídica como «protensión» a la totalidad del fenómeno jurídico.

En conclusión, la idea central del texto, en palabras del autor, consiste en la propuesta «de un Derecho natural como método en el sentido moderno de autotematización de la ciencia desde los tres supuestos reseñados con anterioridad, es decir, la superación de lo natural, la racionalidad crítica y la experiencia jurídica como «protensión» a la totalidad del fenómeno jurídico, y todo ello, desde el punto de inflexión de la praxis de la ciencia jurídica en cuanto ciencia, es decir, desde el punto de vista de la plausibilidad de sus resultados en función de la legitimidad de los mismos».

(Juan Sala Puche)

HERVADA, Javier.

Historia de la ciencia del Derecho natural.

Ed. EUNSA (Manuales de la Colección Jurídica), Pamplona, 1987, 340 págs.

Agotada en pocos años la edición del «Compendio de Derecho natural», escrito por el autor en colaboración con el ilustre Prof. D. Miguel Sancho Izquierdo, la avanzada edad de este último ha impedido seguir la obra de colaboración de ambos autores. Aprovechando lo escrito entonces, el autor ha reelaborado los materiales y ha añadido lo oportuno para sacar un nuevo manual.
No es este manual una historia de la filosofía del Derecho. Poco después del surgimiento del pensamiento idealista y como consecuencia del cambio que operó Kant en la concepción del Derecho natural, la filosofía del Derecho y la ciencia del Derecho natural comenzaron a ser entendidas como una sola disciplina, o bien enteramente la misma, o bien la segunda como una parte de la primera. Hervada rechaza esta identificación y entiende que se trata de dos disciplinas distintas, por lo que ciñe su exposición a la evolución histórica de la ciencia del Derecho natural. Se trata de un manual dirigido a los alumnos de primer curso de la licenciatura en Derecho y, en razón de algunos de sus desarrollos y del aparato bibliográfico, a quienes comienzan a especializarse en la disciplina.
Después de una introducción para fijar brevemente el concepto de Derecho natural, el libro se estructura en diez capítulos y un epílogo.
El capítulo I, dedicado a la Antigüedad, expone la concepción del Derecho natural, desde sus orígenes en Grecia hasta la caída del imperio romano de Occidente: sofistas, Aristóteles; estoicismo, Cicerón, Séneca; los juristas romanos, la Biblia y la Patrística, con especial mención de San Agustín, son los temas abordados.
El capítulo II trata de la doctrina medieval, desde la compilación justinianea hasta el auge de la Escolástica (Isidoro de Sevilla, Irnerio y Graciano, los glosadores, los decretistas y la Escolástica hasta Tomás de Aquino). Por su especial relevancia este último autor es objeto de exposición en el capítulo III.
El capítulo IV comprende de la Escolástica al Renacimiento (Duns Escoto, Guillermo de Ockham, etc.). Se ocupa el capítulo V del Renacimiento y la Reforma (el humanismo jurídico, Lutero, Calvino, Melanchton y primeros tratados protestantes de Derecho natural).
El capítulo VI tiene por título «La escuela española del Derecho natural» y comenzando por Vitoria, expone a Soto, Molina, Vázquez y Suárez para terminar con Fernando Vázquez de Menchaca.
El capítulo VII contiene una exposición de los rasgos generales del iusnaturalismo moderno y de Grocio, Hobbes y Spinoza. Pufendorf, Thomasio y Wolff, así como sus discípulos y comentadores, son el objeto principal del capítulo VIII.
De Kant se ocupa el capítulo IX y con el capítulo X, que analiza el siglo XIX, se termina propiamente la exposición histórica. El libro se cierra con un epílogo en el que se da una breve panorámica de las doctrinas iusnaturalistas del siglo actual.

INNERARITY, Daniel.

La Ilustración sociológica de Niklas Luhmann.

Persona y Derecho, Pamplona, núm. 17, 1987, págs. 11-29.

La sociedad contemporánea se caracteriza por su gran *complejidad*, el proceso mismo de civilización no es sino complicación. «Esta es la clave -dice el autor- del intento teórico de Luhmann: despejar la incertidumbre que una realidad compleja provoca, convertir la perplejidad en certeza, elaborar una nueva *soziologische Aufklärung*». «Complejidad quiere decir un "exceso de posibilidades de mundo", respecto de lo cual la elección es, fundamentalmente, exclusión de otras posibilidades», es decir, contingencia y riesgo. En este marco, los sistemas tienen por función «captar y reducir la complejidad», mediando entre «la extremada complejidad del mundo y la limitada capacidad del hombre para la asimilación y tratamiento de experiencias. La formación de sistemas es el verdadero proceso de racionalización».

Por ello, es preciso para Luhmann que se abra paso una nueva Ilustración «en clave social», que sustituya el funcionalismo científico-causal por el «funcionalismo de equivalencia»: «la atención no se concentra sobre la causa y el efecto, sino sobre un género de fenómenos cuya característica común es la de producir un mismo efecto». La viabilidad de un sistema social dependería de su capacidad de producir y seleccionar soluciones equivalentes. «La sociedad como sistema no aparece como conjunto de hombres, sino como un entramado de acciones, que deben ser interpretadas funcionalmente.» La noción de individuo produce hoy «desilusión y alteraciones sociales», pues pertenece a la complejidad que hay que reducir. En cambio, la institucionalización de la libertad individual (su «absorción sistémica») «protege al individuo de sí mismo, al ahorrarle decisiones»: el hombre se pliega a los valores establecidos, a la seguridad de las estructuras jurídicas y burocráticas. «En este sentido -señala el autor- la Ilustración sociológica representa un cambio en el centro de atención: del individuo a la sociedad, de los deseos y valoraciones singulares a las exigencias funcionales y los criterios de racionalidad del sistema.»

Según Luhmann, las teorías jurídicas y políticas de la época moderna son inadecuadas para comprender nuestra sociedad y resolver sus problemas de ingobernabilidad, porque un sistema empeñado en fundamentar la legitimidad de las normas en convicciones morales no es capaz de reconocer el problema social básico: que los sistemas complejos de acción se encuentran bajo el imperativo de la selectividad. Con su positivación, el Derecho deviene contingente, su validez depende de *decisiones* adoptadas en el sistema político. «La reducción de la legitimidad a la legalidad se debe a que el factor de legitimación no es el contenido normativo, sino los *procedimientos* de producción del Derecho», entendiéndose por procedimiento «el proceso de participación de los destinatarios no en las decisiones mismas, sino a través del reconocimiento generalizado de competencia decisional para la instancia política correspondiente». Ello supone, según señala críticamente el autor, un reconocimiento «acrítico e institucional» de la legitimidad de la pura legalidad. Además de una «neutralización ética del orden social», la concepción de Luhmann conlleva un cambio en la idea tradicional de democracia: «la democracia, entendida como participación, comporta un aumento de complejidad no reducible y desilusión. Por el contrario, la capacidad de un sistema político en relación a su función específica de adoptar decisiones vinculantes debe crecer en la medida en que aumenta la complejidad del sistema social». «La nueva legitimación ha de reposar sobre la aceptación mecánica de decisiones burocráticas, y no sobre la tradición, la convicción o el consenso.»

El artículo concluye desarrollando estas críticas que el autor dirige contra Luhmann. Su decisionismo

conduce a la arbitrariedad (además, «en un escenario así, sin referencias objetivas, decidirse no es estabilizar una certeza, sino continuar en la perplejidad»). Su rechazo de la validez objetiva de los valores de dignidad y libertad humana conduce a una «disolución funcional del hombre». «El funcionalismo, pese a su autocomplacencia racional, se muestra finalmente como un nuevo Fausto que se rinde al mecanismo administrativo.» «La sociedad -concluye el autor- no puede ser entendida exclusivamente como un sistema de autoconservación. También en un panorama de elevada complejidad puede mantenerse la esperanza de que las cosas funcionen... bien.»

(Juan Antonio Pérez Lledó)

ITURRALDE SESMA, Victoria.

Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 331-353.

En la preocupación por establecer el carácter sistemático de los ordenamientos jurídicos no son infrecuentes los estudios dedicados al examen de los medios aptos para superar los problemas de inconsistencia e incompletitud de aquéllos. Ahora bien, en la mayoría de los casos se omite una labor previa, cual es la de determinación de las condiciones en las cuales podemos afirmar que un determinado ordenamiento jurídico (o parte del mismo) es antinómico (o inconsistente) o incompleto. Pues, bien, este trabajo, limitado al primero de estos problemas, tiene como objeto poner de relieve las condiciones que tienen que estar presentes para que podamos hablar de la existencia de una antinomia normativa en una parte del ordenamiento jurídico.

El trabajo comienza con una referencia a los diversos conceptos de la expresión «antinomia normativa» que giran, unos, en torno al concepto de incompatibilidad deóntica y, otros, en torno al de imposibilidad de aplicación y/o de cumplimiento. Nosotros optamos por hacer gravitar el concepto de antinomia normativa alternativamente sobre ambos; distinguiendo así los conceptos de antinomia deóntica y antinomia no deóntica. Nuestro estudio se limita a las primeras.

Partiendo de que todo enunciado deóntico puede representarse como compuesto de un antecedente deóntico, una relación deóntica y un consecuente deóntico, establecemos que para que podamos hablar de antinomia deóntica entre dos enunciados tiene que existir: 1) una identidad de los antecedentes deónticos de ambos enunciados, y 2) una incompatibilidad entre sus relaciones deónticas.

El antecedente deóntico de un enunciado normativo incluye, además de la condición de aplicación en sentido estricto, otra serie de circunstancias (a menudo no incluidas expresamente en el mismo enunciado pero sí en otros adyacentes) como son: el o los sujetos, el tiempo y el territorio de aplicación.

La determinación de cuándo se produce una incompatibilidad de relaciones deónticas en el lenguaje legal presenta algunos problemas. En una primera aproximación parece poder zanjarse la cuestión tomando como referencia el hexágono de las relaciones deónticas y estableciendo que una antinomia deóntica tiene lugar en los casos de contrariedad y contradicción. Ahora bien, la naturaleza del lenguaje legal pone de manifiesto que para comprobar dichas relaciones de contrariedad y

contradicción se hace necesaria una labor de traducción del lenguaje legislativo al lenguaje deóntico, es decir, pasar de la estructura superficial de los enunciados normativos a su estructura profunda. Y en este terreno se plantean problemas debido, de un lado, a que a una misma relación deóntica suele corresponder en el lenguaje legal más de una forma gramatical y, de otra, a que los términos deónticos de que se sirve el lenguaje legal son ambiguos.

LAPORTA, Francisco.

Sobre el concepto de derechos humanos.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 23-46.

El presente trabajo constituye una investigación conceptual sobre los derechos humanos que comienza y concluye mostrando la posible incompatibilidad entre la multiplicación del catálogo de los derechos humanos, por un lado, y el conferir a éstos una particular fuerza justificatoria o motivacional, es decir, considerarlos como los «escalones últimos y más poderosos de los sistemas morales y jurídicos, expresión de exigencias éticas y políticas tan fundamentales que no son susceptibles de negociación o trueque», por otro lado.

El artículo se estructura en dos partes: *a)* análisis de los problemas conceptuales que surgen en torno a la idea genérica de «tener un derecho» o a las expresiones del género «A tiene un derecho a X», pues -como dice el autor- «para hablar con fundamento de "derechos humanos" tenemos antes que saber hablar de "derechos" sin más»; y *b)* análisis de los rasgos estructurales y formales que suelen atribuirse a la idea de derechos humanos. Así, en la primera parte, tras criticar tanto a las corrientes que han pretendido situar los derechos fuera del ámbito de los lenguajes normativos (por considerar que se dan ciertos derechos antes de que existan normas), como aquellas otras que si bien sostienen que sólo cabe hablar de derechos en el contexto de los lenguajes normativos, pero que tienden o a reducir los derechos a deberes, o a confundir los tipos de derechos con los tipos de protección normativa que se dispensa a los derechos, el autor trata de mostrar que los derechos se comprenden mejor cuando se los entiende en el contexto de los lenguajes normativos y se los aprecia «como algo que está *antes* que las acciones, pretensiones o exigencias, *antes* que los poderes normativos y *antes* que las inmunidades de status. Se entienden mejor cuando se les concibe como el *título* que subyace a todas esas técnicas de protección, es decir, cuando se les concibe como el justificante de la puesta en marcha de tales técnicas». A continuación, después de mostrar algunas consecuencias de esta aproximación, presenta una propuesta de noción de derecho (referida a los derechos-núcleo, no a los derechos-derivados) cuyos componentes aislados serían los siguientes: *a)* La adscripción a todos y cada uno de los miembros individuales de una clase de... *b)* ...una posición, situación, aspecto, estado de cosas, etc... que se considera por el sistema normativo un (...que *bien* tal que constituye una razón fuerte... *d)* ...para articular una protección normativa en su favor a través de la imposición de deberes u obligaciones, la atribución de poderes e inmunidades... etc.

En la segunda parte, tras recordar la tesis sostenida en la primera de que la «idea de "tener un derecho" puede hallarse en *cualquier* sistema normativo dotado de un cierto grado de complejidad interna» y apartándose, así, de quienes creen que sólo puede hablarse de "derechos" en el marco del sistema jurídico, el autor se ocupa de «analizar las más típicas características formales que suelen adscribirse a los derechos humanos en el lenguaje ético, jurídico y político sobre el telón de fondo de la idea genérica de "tener un derecho"». Estos rasgos son la universalidad, el carácter de absolutos y la idea de inalienabilidad. Finalmente, concluye diciendo: «Si pensamos en la significación de los tres rasgos formales que he analizado: la universalidad de su adscripción, su carácter de criterio superior de decisión moral y lo inalienable de su presencia en los individuos, no podemos por menos que llegar a la convicción de que los derechos humanos tratan de configurarse como una forma de expresión de

los propios rasgos constitutivos de la moralidad interindividual [...] Si ello es así haríamos bien en no trivializarlos apelando a ellos sin ton ni son o extendiendo los catálogos y las "generaciones" arbitrariamente. De ello puede depender no sólo el que sean reconocidos, sino sobre todo el que sean efectivamente realizados en algún momento de la historia de la especie humana.»

(Josep Aguiló Regla)

LAPORTA, Francisco J.; RUIZ MIGUEL, Alfonso; ZAPATERO, Virgilio; SOLANA, Javier.

Los orígenes culturales de la Junta para Ampliación de Estudios.

Arbor, 1.ª parte núm. 493, CXXVI, 1987, págs. 17-87; 2.ª parte, núm. 499-500, CXXVII, 1987, págs. 9-137.

1. El trabajo pretende llenar la laguna de un estudio detallado sobre la Junta para la Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas (JAE).
Los orígenes de la JAE están en las preocupaciones de la «inteligencia» española del último tercio del siglo XIX frente al atraso científico, técnico y sociocultural. La idea de «europeizar» España, iniciada de hecho con la beca a Alemania de Sanz del Río, enraíza en el 98, en el regeneracionismo y en la Institución Libre de Enseñanza como una alternativa global. Fue Giner de los Ríos el gran impulsor de la idea de enviar jóvenes a estudiar al extranjero.
Tras distintos antecedentes legislativos a lo largo del siglo XIX y principios del XX, la JAE se crea en enero de 1907 superando algunas deficiencias anteriores, en especial mediante la dirección y apoyo de los becarios y la dotación de infraestructuras de investigación en el propio país.
Entre los inspiradores de la JAE, se destacan algunos rasgos biográficos de Francisco Giner de los Ríos, Santiago Ramón y Cajal y José Castillejo. La primera parte concluye con una referencia a la composición de la JAE a lo largo de su historia.
II. La creación y primeros pasos de la JAE, y hasta su historia entera, estuvieron plagados de dificultades, sobre todo por obra de los gobiernos conservadores, bien por afán de influencia política, bien por desconfianza hacia la inspiración institucionista del organismo.
Tras un trienio de control político, la JAE se consolida a partir de 1910, cuando se consigue volver a la fórmula de autonomía establecida en su origen, creándose en su rededor instituciones como el Centro de Estudios Históricos, la Residencia de Estudiantes o el instituto Nacional de Ciencias Físico-Naturales.
Durante el período de la primera guerra mundial se revitalizaron los centros y actividades dentro de España, creándose en 1918 el Instituto-Escuela, como ensayo educativo para la segunda enseñanza en la línea de la Institución Libre de Enseñanza. Ello levantó no poca polémica, al igual que la influencia y rasgos de la JAE, que suscitó encendidos debates en las Cortes.
Durante la dictadura de Primo de Rivera, la JAE pudo proseguir su marcha, aunque no sin ataques de la derecha católica ni sin control político sobre el nombramiento de sus vocales. Es en este período cuando se consolida la relación de la JAE con la Fundación Rockefeller en materia sanitaria y educativa.
En el período de la República cobrará auge el Patronato de Estudiantes, como oficina de información

y ayuda para estancias e intercambios estudiantiles en el extranjero. Recibiendo todavía algún significado ataque de la derecha clerical, la JAE mantuvo una exquisita neutralidad ante la situación política.
Durante la guerra civil, la mayoría de los intelectuales ligados a la JAE se integraron en la Casa de la Cultura, creada en Valencia en apoyo del gobierno republicano. Entre tanto, en la zona nacional, a la vez que se creaba el Instituto de España, se disolvía la JAE, cuyo hueco pretendió llenar dos años después el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, de talante y balance diferentes.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, José.

El problema del Derecho natural en J.-J. Rousseau.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 539-562.

Existe unanimidad en afirmar la importancia que el pensamiento de Rousseau tuvo en la crisis del Derecho natural moderno; las divergencias aparecen a la hora de determinar si su posición implica una ruptura con la tradición iusnaturalista o si, por el contrario, mantiene el núcleo esencial de esta tradición; y es precisamente en torno a este debate donde se sitúa el artículo.
En primer lugar el autor analiza las diversas posturas que, respecto a esta discusión, se han adoptado hasta nuestros días; a continuación pasa a estudiar las concepciones que, sobre el Derecho natural, mantuvieron los predecesores de Rousseau (Hobbes, Grocio, Pufendorf, Locke, etc.) y en qué medida éstas influyeron en su pensamiento.
Tras analizar las múltiples referencias de la obra de Rousseau al problema del Derecho natural, el autor afirma que es necesario descartar su adhesión al iusnaturalismo clásico y a su concepto de ley natural, al considerar que antes del pacto social no hay justicia, ya que ésta deriva sólo de la ley política; en el estado de naturaleza el hombre vive aislado, por lo que no caben ni lazos jurídicos ni morales. De este modo sus alusiones al Derecho natural y a la ley, caracterizados de forma positiva como anteriores y superiores al orden político, se refieren a los principios de tipo psicológico inscritos en la naturaleza humana, no existiendo ni derecho ni ley en sentido propio; admitir la autoridad de Dios y de la ley natural no indica -en opinión del autor- que estas fuentes sean asequibles directamente al conocimiento humano como para poder convertirse en norma legislativa.
«Su originalidad -concluye el autor- radica, pues, en negar la preexistencia del Derecho antes del pacto social y, sin embargo, concebir la naturaleza humana y sus impulsos naturales como modelo al que debe ajustarse el pacto fundamental, origen del Derecho y de la justicia.»

(Isabel Lifante Vidal)

LOSANO, Mario G.

Curso de informática jurídica (trad. de M. Atienza, J. Ruiz Manero y J. Aguiló Regla).

Ed. Tecnos, Madrid, 1987, 263 págs.

Este manual, que se estructura en cinco partes y diecinueve capítulos, trata de suministrar un cuadro completo de los temas que debe conocer el científico social o el jurista que entra en contacto con la informática.
En la primera parte, *Tratamiento electrónico y nuevas metodologías jurídicas*, el autor se detiene fundamentalmente en mostrar la génesis («la cibernética»), la evolución («de la jurimetría a la iuscibernética») y la estructura («modelística e informática jurídica») de esta nueva disciplina que él denomina «iuscibernética».
En la segunda parte, *La formalización del lenguaje*, estudia el paso del lenguaje natural al lenguaje lógico y muestra las correspondencias existentes entre la lógica simbólica, la teoría de conjuntos y el álgebra de los circuitos con interruptores. Asimismo, en esta parte, estudia también el sistema numérico binario.
La tercera parte está dedicada a *La estructura del ordenador electrónico* y en ella se da un repaso a la historia (evolución) de las máquinas de cálculo y a las informaciones (datos e instrucciones) a tratar. Asimismo, se da un repaso a los componentes más importantes de un ordenador: unidades de entrada, unidad central, memorias externas, unidades de salida, terminales, etc.
La cuarta parte, *Principios de programación*, contiene un análisis de las distintas fases de preparación de un programa así como de los diferentes lenguajes de programación. Todo ello desemboca en un estudio sobre el origen, la evolución y la estructura de los bancos de datos.
En la quinta parte, *Informática jurídica: la construcción de bancos de datos jurídicos*, se realiza un análisis pormenorizado de las técnicas de la informática jurídica entendida como recuperación automática de textos jurídicos, esto es, de legislación, jurisprudencia y doctrina.
Finalmente, el libro concluye con una extensa e importante bibliografía que reproduce la estructura de los capítulos y parágrafos del libro.

(Josep Aguiló Regla)

LUCAS, Javier de.

Nota sobre libertad de expresión y democracia en la obra de Spinoza.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 355-363.

Este artículo pretende ofrecer una interpretación y comentario de algunos textos de Spinoza sobre la vinculación entre orden político y libertad de pensamiento y expresión (fundamentalmente, el *Tractatus Theologicus-Politicus* y el *Tractatus Politicus*).
El autor parte de una breve exposición de los principios básicos del *sistema filosófico* de Spinoza (y,

más concretamente, de su antropología). Según Spinoza, el hombre, en cuanto parte de la naturaleza, está sujeto a la causalidad de sus pasiones, instintos y deseos («egoísmo biológico»), pero también a la razón, que (sin ser contraria a la naturaleza) exige que cada cual busque su utilidad propia («utilitarismo racional»), y conduce al hombre a un fin supremo, el conocimiento («intelectualismo»). La noción de «imitación de afectos» (exigencia de la razón, mediante la cual todos los intereses concuerdan) es el resorte del que derivan las relaciones humanas y la sociedad misma, como vía para salvar -por la guía de la razón- el estado «miserable» de deseo y violencia.

Para garantizar que todos sigan los dictámenes de la razón, surge el *orden político*, que debe ser democrático. La soberana potestad «no está obligada por ninguna ley, y todos deben obedecerla en todo». Se plantea aquí el problema de la libertad, pues lo anterior podría llevar a pensar que hacemos a los súbditos «siervos e inútiles para sí». Según Spinoza, esto no es así, por tres razones: *a)* no es libre quien obra arrastrado por sus deseos, sino quien «con ánimo íntegro sirve según las reglas de la razón»; *b)* esta situación no es asimilable ni a la dependencia del siervo respecto al amo ni a la del niño respecto a su padre; y *c)* es casi imposible que la mayoría de una asamblea numerosa convenga en un absurdo. Pero Spinoza introduce un importante matiz: si la razón del pacto es la utilidad, y la razón del Estado, la utilidad común, «aquel que detenta el poder soberano no puede, sin crimen, cumplir sus promesas con daño del Estado mismo». En consecuencia, en el orden social y político hay un criterio objetivo de justicia que emana de la voluntad de *todos*, presumiéndose la exclusión de la disidencia. Refiriéndose específicamente a la libertad de pensamiento y expresión, Spinoza sostiene que: *a)* es una necesidad y un derecho: cada uno es dueño de su pensamiento y no hay poder capaz de impedirlo, la tendencia de los hombres a comunicarse es irreprimible, y esa libertad es condición de progreso de las ciencias y de las artes. *b)* Es compatible con la autoridad. Más aún, las leyes contrarias a ella no sólo son violencia, sino además, inútiles, y originan dos efectos perversos: la corrupción de la sociedad y la eliminación de los hombres honrados y libres (los disidentes), tan importantes para la sociedad. Y *c)* libertad de pensamiento y poder soberano del pueblo son compatibles: en el gobierno democrático el pacto obliga a todos a *obrar* según la voluntad común, pero no a *pensar* de ese modo; precisamente porque los hombres no pueden pensar todos del mismo modo, pactan que tenga fuerza de ley la de la mayoría. Pero la opinión mayoritaria puede cambiar, y garantizar el derecho a pensar y expresarse de forma distinta a la de la mayoría (con tal de que la obedezcan) es una de las vías por las que puede cambiar esa opinión mayoritaria.

Sin embargo, el análisis de Spinoza queda lastrado por importantes matizaciones posteriores (en el *Tractatus Politicus*), *reforzándose* -como señala el autor- *el carácter incontestable de la voluntad del soberano, la «lectura fuerte»* de la expresión *una veluti mente ducitur*. Coherentemente con el reconocimiento de que el fin de la sociedad y del Estado, más que la libertad, es la seguridad y la paz, Spinoza sostiene aquí -como Rousseau- el carácter justo de la voluntad de la República, «que es tenida por la voluntad de todos», y defiende el derecho a obligar a los ciudadanos a vivir según razón.

(Juan Antonio Pérez Lledó)

MALEM SEÑA, Jorge.

Ernesto Garzón Valdés: apuntes biográficos y reseña bibliográfica.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 399-411.

En este texto se suministran unos apuntes biográficos sobre Ernesto Garzón Valdés en los que se incluye su actividad intelectual y su personalidad humana, así como una relación de sus publicaciones (libros, artículos y traducciones).

(Daniel González Lagier)

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio.

Justicia e igualdad en Luhmann.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 43-87.

Presenta este artículo «un análisis de los planteamientos de Luhmann en torno a los problemas de la justicia y los derechos fundamentales» guiado por el interés hacia un examen del principio de igualdad. Dado que el conocimiento del marco teórico del que parte Luhmann en estas cuestiones, de su concepción del Derecho y de sus presupuestos metodológicos son esenciales para llevar a cabo tal análisis, el autor del artículo dedica una primera parte del mismo a estas cuestiones previas.

Uno de los conceptos de la obra de Luhmann que es necesario conocer es el de sistema; Luhmann define a los sistemas como «identidades que se conservan en un ambiente complejo y cambiante por medio de la estabilización de una diferencia de los planos interior y exterior». Si entendemos por acción «todo comportamiento orientado con sentido y dotado de repercusión exterior», puede decirse que los sistemas «se componen de acciones concretas de una o varias personas y que se delimitan con respecto a un ambiente por medio de relaciones de sentido entre estas acciones» (familias, empresas, sociedades, Estados serían ejemplos de sistemas). Puesto que «la capacidad de la razón humana para comprender y reducir por sí sola la complejidad del mundo es limitadísima» surgen los sistemas con «la función de presentar el mundo reducido a fragmentos accesibles a la experiencia humana».

Otro aspecto a tener en cuenta es la sustitución en Luhmann de la «ilustración de la razón» por la «ilustración sociológica», es decir, el paso de una racionalidad entendida como una propiedad ontológica del sujeto individual a una racionalidad sistémica, entendida como «la capacidad del sistema para regular sus propias transformaciones en un contexto inestable». Ya no se trata de la búsqueda de verdades universales, sino de la búsqueda de soluciones a los problemas cambiantes, reduciendo complejidad. Esta racionalidad «tiene una de sus mayores virtualidades en la detección de funciones latentes», lo que nos permite descubrir que «los derechos fundamentales no son derechos humanos, derechos basados en atributos del hombre en cuanto portador de unas exigencias metafísicas, sino mecanismos jurídicos positivos, perfectamente explicables en la lógica de los sistemas, sin recurrir a un trasfondo ético».

En esta teoría el Derecho constituye un «sistema autorreferencial» o «autopoiético» (es decir, un sistema que en todas sus operaciones se refiere siempre a sí mismo, en el que toda referencia externa implica autorreferencia y en el que todos sus componentes se reproducen a sí mismos a través de los elementos de los que se componen) cuya función es «la congruente generalización de las expectativas normativas de conducta». Generalizar expectativas es inmunizarlas contra lo contingente, estabilizarlas; ello ha de hacerse en tres dimensiones: temporal, social y material.

El sentido de los derechos fundamentales será el de mantener la «propia operatividad, seguridad y supervivencia de un Derecho que aspire a desenvolverse en una sociedad compleja y altamente diferenciada». Lo que defienden «no es un mundo ideal de valores, un horizonte iusnaturalista (...), sino un sistema social evolucionado e independiente que es frágil y corre peligro de regresión». Esta función protectora se desarrolla en cuatro direcciones: la constitución social de la personalidad, la formación de expectativas generalizadas de comportamiento, la satisfacción de necesidades económicas y la elaboración de decisiones vinculantes.

La justicia, desde esta nueva perspectiva, ha de ser redefinida como «la adecuada complejidad del sistema jurídico»; el concepto de «adecuada complejidad» hace referencia «a la capacidad del sistema para producir decisiones coherentes, a su operatividad, y no directamente a la adecuación del Derecho con la sociedad»; supone, por tanto, un enfoque intrasistémico y global (la justicia no se refiere a normas o acciones aisladas).
El principio de igualdad, por último, no se dirige a la acción de los ciudadanos, sino a la acción del Estado. Está relacionada con la justicia en que sólo a través de la justicia tal como aquí se entiende se garantiza el principio de economía decisoria de que casos iguales se decidan de manera igual.

(Daniel González Lagier)

MASSINI, Carlos I.

Individualismo y derechos humanos.

Persona y Derecho, Pamplona, núm. 16, 1987, págs. 13-37.

El texto se puede resumir en los siguientes puntos: 1. Existe toda una corriente de ideas, originaria del mundo anglosajón, que defiende una particular concepción de los «derechos», que tiene una problemática propia y en la que se desarrollan activos debates internos. 2. «La nota fundamental de esta dirección de pensamiento es su decidido individualismo, que le lleva a negar la existencia de cualquier bien general, abocando a una serie de aporías de difícil resolución dentro de la misma corriente, tanto por su repulsa a encarar una serie de temas filosóficos fundamentales, como por su estrecho nominalismo y subjetivismo de base.» 3. También se caracteriza esta orientación por su «concepción de la ética como una mera creación o invento del hombre… Esto desemboca en un relativismo subjetivista que resulta poco adecuado para otorgar un fundamento firme a los derechos humanos». 4. Esta corriente de ideas no logra explicar toda una serie de cuestiones «tales como las relaciones entre los derechos básicos y las normas, el fundamento y alcance de las obligaciones correlativas de los derechos y las soluciones a los inevitables conflictos entre derechos». 5. La ausencia de una fundamentación trascendente de los derechos «otorga a las concepciones de esta línea de ideas una notable debilidad interna, sobre todo si lo que se persigue es justificar el carácter absoluto de ciertos derechos, aun frente a las aparentemente más justificadas exigencias del poder». 6. «No obstante lo apuntado, del estudio de las obras de varios pensadores enrolables en esta corriente surgen toda una serie de sugerencias para los estudiosos de la filosofía práctica, la más relevante de las cuales nos parece su intención de encontrar bases y límites éticos para la legislación positiva, superando, de este modo, los estrechos planteos de los positivistas a ultranza. También merece destacarse su a veces acertada crítica al utilitarismo.» 7. La conclusión de este estudio sería «la necesidad de responder, por parte de las restantes corrientes filosóficas y en especial del realismo intelectualista, a los desafíos lanzados por los pensadores analizados» desarrollando y precisando todo lo referente a los fundamentos -aun a los fundamentos últimos- de los derechos humanos.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

MONZÓN ARAZO, August.

El derecho en Joan Lluís Vives.

Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1987 (publicación en microficha).

La tesis se propone analizar el planteamiento de Joan Lluís Vives (ca. 1492-1540) con respecto al derecho, con el objeto de establecer la significación histórica y la relevancia filosófica de dicho planteamiento.
Para la realización de este análisis se ha asumido el enfoque hermenéutico propio de la «Filosofía de la experiencia jurídica», y se ha tenido en cuenta la investigación bio-bibliográfica más reciente (C. Matheeussen, E. González). El estudio constituye en algunos puntos una confrontación con las conclusiones expuestas por C. G. Noreña en su síntesis *Juan Luis Vives* (1970), situándose, por otro lado, en continuidad con los principales estudios dedicados a la génesis -del derecho y el pensamiento jurídico modernos (F. Wieacker, D. Maffei, M. Villey).
En la primera parte se expone el estado de la cuestión de la investigación vivista en general, así como el de los estudios (parciales) realizados en torno a Vives y el derecho, y se ofrece por primera vez una descripción cronológicamente ordenada de la totalidad de los escritos vivesianos de tema jurídico.
La parte central de la tesis está dedicada al examen del pensamiento filosófico-jurídico de Vives. En primer lugar se intenta determinar la perspectiva a partir de la cual Vives abordó el fenómeno jurídico, así como la posición que adoptó en las polémicas contemporáneas acerca del derecho. Seguidamente se procede a considerar con detenimiento los temas mayores del tratamiento vivesiano del derecho: relación derecho-filosofía y fundamentos del derecho; concepción de la equidad; proyecto de reforma del derecho.
La tercera y última parte del trabajo, de intención filosófico-constructiva, trata de valorar el legado de Vives en relación con el pensamiento moderno y con la posible superación de los planteamientos reduccionistas de éste a partir de una antropología integral.
El estudio pone de manifiesto la alineación decidida de Vives con los planteamientos del humanismo jurídico, así como algunos rasgos diferenciales significativos con respecto a éste: perspectiva filosófica y no científico-jurídica; ausencia de sentido crítico en la evaluación de la ciencia jurídica medieval. Estos datos son indicio de reduccionismo filosofizante y muestran que el interés de Vives por el derecho posee sobre todo significación política (responde a la preocupación burguesa por la transformación del sistema feudal) y que ha de ser conectado con las ideas y perspectivas del iusnaturalismo racionalista.
La consideración de Vives como precedente del derecho natural racionalista viene confirmada por el estudio de sus fuentes y de su tratamiento de la equidad y de la reforma del derecho, que revelan una significativa oposición a las soluciones escolásticas. El pensamiento filosófico-jurídico vivesiano, en fin, manifiesta una concepción del hombre al mismo tiempo naturalista y moralista, característicamente moderna y alejada de la antropología cristiana original.

MUGUERZA, Javier.

Sobre el exceso de obediencia y otros excesos. (Un anticipo).

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 343-347.

Este texto, comenta el autor, es un anticipo de lo que «podría ser» su respuesta a Adela Cortina y Eusebio Fernández frente a las objeciones suscitadas por su intervención en la polémica entre González Vicén y Elías Díaz sobre la cuestión de la obediencia al Derecho.
En primer lugar el autor resume los términos de la discusión, recogiendo las posturas de González Vicén y Elías Díaz y la suya propia, que viene a ser un apoyo a González Vicén pero sin llegar tan lejos, ya que, a diferencia de éste, Muguerza afirma que sí existe un fundamento ético para la obediencia al Derecho y que es de índole contractual; en concreto este fundamento se encontraría en la reformulación que Habermas realiza del imperativo categórico kantiano que prescribe obrar sólo según una máxima tal que se pueda querer al mismo tiempo que se torne en ley universal. Por el contrario, otra formulación del imperativo categórico («obra de tal modo que tomes a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, como un fin al mismo tiempo y nunca como un medio») serviría de fundamento para la desobediencia al Derecho en el caso del fanático dispuesto a querer como ley universal aquella que le perjudicaría. A continuación avanza la contestación a Adela Cortina y Eusebio Fernández. La primera le objetaba contraponer las dos versiones del imperativo categórico kantiano, puesto que Kant las consideraba «idénticas en el fondo»; frente a esto el autor sostiene que son dos versiones con distinto alcance y peso. A Eusebio Fernández -que le reprochaba haber utilizado a Kant para fundamentar la posibilidad de desobediencia ética al Derecho, puesto que éste rechazaba esta desobediencia- el autor le contesta que «la actitud de Kant ante el (mal) llamado derecho de resistencia constituye -como el propio González Vicén ha recordado- una *vexata quaestio* de la filosofía jurídica y política de Kant, quien -junto al repudio de aquel supuesto derecho- no vaciló en expresar su entusiasmo por los levantamientos y rebeliones de Irlanda y los Estados Unidos y, por supuesto, por la revolución francesa.

(Daniel González Lagier)

MUGUERZA, Javier.

Ética y comunicación.

Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 56, 1987, págs, 7-63.

En este artículo el autor analiza la dimensión ético-política del pensamiento de J. Habermas, partiendo de «Conocimiento e interés» hasta sus últimos escritos.
La primera parte del artículo tiene un doble objetivo: de un lado, analizar el presunto «marxismo» de Habermas, de otro, mostrar sus conexiones con el «contractualismo». Por lo que al primer punto se refiere, el autor examina las conexiones de Habermas con la teoría crítica de la escuela de Frankfurt. Habermas muestra los puntos débiles de la teoría crítica y propone una reinterpretación del paradigma weberiano de la acción social y de la racionalidad, distinta de la interpretación de la teoría crítica. A continuación el autor se introduce en el presunto contractualismo habermasiano tomando como hilo

conductor de su argumentación su teoría de los intereses del conocimiento.
En la segunda parte del artículo, partiendo del «giro lingüístico» del pensamiento de Habermas, examina los presupuestos lógico-lingüísticos que sirven de base a la ética discursiva en la que se va adentrando poco a poco, analizando primero la teoría de los «intereses generalizables» para pasar a continuación a analizar la ética discursiva como dos etapas en el desarrollo de la ética habermasiana.
La tercera y última parte del artículo constituye un análisis de la teoría «de la acción comunicativa», que para el autor es más bien una elaboración de una teoría de la sociedad, en la que «Habermas se aventura a lanzar lo que alguien llamaría una "mirada hacia adelante"» y «lo hace también parapetándose en la acristalada seguridad de las gafas del teórico social». Pero en esta obra, a juicio del autor, existe un déficit de reflexión ética, «la reflexión trascendental se inclinaría a sustituirla por una suerte de «reconstrucción racional» del desarrollo moral cuya estación terminal no sería otra que la ética comunicativa».

(Francisco López Ruiz)

NAVARRO, Pablo E.

Eficacia, tiempo y cumplimiento.

Doxa, núm. 4, Alicante, 1987, págs. 257-266.

Como aportación al análisis del cumplimiento de las normas expone el autor en este artículo dos acepciones del término «eficacia», sugiere «trabajar el problema de la eficacia de las normas a partir de parámetros definidos» y muestra «algunas dificultades teóricas vinculadas a esta noción».
Así, distingue entre eficacia como relación (E1) eficacia como propiedad (E2). Respecto de la eficacia como relación se dice que «una norma (n) es eficaz cuando un estado de cosas (generalmente el resultado de una acción) se adecua al contenido normativo de (n)... Para un conjunto finito de estados de cosas que deben realizarse de acuerdo a (n), la norma será eficaz cuando se establezca una relación de identidad entre la «conducta debida» y la «conducta producida». Por otro lado, «la norma (n) es eficaz (E2) cuando es posible afirmar verdaderamente que existen un número indeterminado de actos de cumplimiento de la norma (n)». Estos dos sentidos de eficacia se encuentran relacionados, de forma que «para que sea posible afirmar verdaderamente que la norma (n) es eficaz (E2) es necesario poder afirmar que la norma (n) es eficaz (E1)».
A continuación introduce el autor el concepto de «tiempo de cumplimiento», atendiendo a que cumplir una norma requiere «un consumo de tiempo proporcional a la complejidad de la acción exigida». La extensión del «tiempo de cumplimiento» depende de la naturaleza de la acción y la estructura de la norma. No obstante, la medición del mismo plantea problemas en el caso concreto de las «reglas de ser» o «reglas ideales» (cuyo cumplimiento consiste en la ejecución de «una serie de actos de los que conforman los elementos de la serie de actos prescritos») y, en general, exige «contar con un aparato conceptual que permita determinar: (i) los sujetos normativos (ii) las características de las acciones debidas y (iii) el tiempo en que deben ejecutarse».
Entiende el autor que afirmaciones como la de que una norma es eficaz «cuando la mayoría de los sujetos en la mayoría de las ocasiones obedecen las normas» se vuelven circulares si se carece de

parámetros adecuados, parámetros que pueden ser de naturaleza espacial, personal o temporal. Utilizando gráficos para representar el cumplimiento de una norma por un determinado sujeto en un determinado tiempo puede concluirse que la pregunta sobre la eficacia (E2) de una norma depende de los sistemas normativos o segmentos temporales que se tomen en cuenta.

Por último, el autor opina que quizá «sea conveniente poner más énfasis en la eficacia (E1) como un dato del funcionamiento del sistema más que un requisito de pertenencia. En esta perspectiva, la división del tiempo en segmentos permite relativizar la importancia de la eficacia como propiedad y señala marcos relevantes para el análisis de las causas de la acción humana, poniendo el acento en la eficacia como relación; o mejor dicho, en la problemática del cumplimiento de las normas».

(Daniel González Lagier)

NINO, Carlos S.

El cuatritema del consecuencialismo.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 365-366.

En este breve artículo el autor argumenta que el consecuencialismo «no puede ser una teoría moral adecuada» porque plantea el siguiente cuatrilema: «o bien es un esclavo de la moral positiva por aberrante que ella sea, o se transforma en una posición deontológica, o es circular, o tiene consecuencias altamente contraintuitivas»,

(Daniel González Lagier)

OLIVE, León.

Racionalidad y legitimación política.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 131-144.

«En este trabajo -dice el autor- discuto una distinción entre los conceptos de "legitimidad" y "legitimación" en relación con los sistemas políticos. La distinción que propongo se basa sobre interpretaciones de los conceptos de "objetividad", "verdad" y "racionalidad", que se analizan en términos de conceptos epistémicos y sociales. La idea es entender cómo es posible que un sistema político y/o social esté *legitimado* de una manera que pueda llamarse auténticamente *racional*, mientras que el mismo sistema pueda ser criticado *desde fuera*, por sujetos racionales provenientes de algún otro sistema y, más aún, que el primero pueda ser juzgado como injusto o incluso como irracional. Esto significa que hay una auténtica manera racional de producir lo que llamaré "legitimación", aun si el sistema mismo puede ser criticado justificadamente desde fuera como irracional y puede por consiguiente carecer de lo que llamaré "legitimidad".
Para lograr lo anterior -continúa el autor- discutiré los conceptos de "objetividad" y de "verdad", los cuales a la vez presuponen el de "racionalidad"... Los conceptos mencionados deberían analizarse sobre la base de nociones epistémicas y sociales, idea que no implica que la racionalidad o que la verdad sean relativas a comunidades, sociedades o marcos conceptuales, pero que en cambio considera que la objetividad es relativa a los marcos conceptuales».

(Ángeles Ródenas Calatayud)

OLLERO TASSARA, Andrés.

La Constitución: entre el normativismo y la axiología.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, 1987, núm. 4 (Nueva Época), págs. 389-402.

El artículo comienza preguntándose qué son los valores superiores, a la luz de las referencias que la Constitución española de 1978 hace a los mismos. A este respecto, plantea el autor la posibilidad de considerarlos como normas y llega a la conclusión -tras observar que se sitúan entre el Derecho positivo (y «su moral legalizada») y una «moralidad crítica»- de que «puede quedar claro que los valores superiores son auténticas normas, aunque sólo a condición de que renunciemos a tener tan claro qué sea una norma. El nítido perfil que le atribuyó el positivismo jurídico se ha abandonado, con lo cual sin duda hemos ganado en "realismo": nos hemos acercado más a lo que "realmente" es».

Si el Derecho se considera no como «substancia» o «cosa» -y así es, según el autor, como lo considera el positivismo- sino como juicio de valor, es decir, como «una actividad humana que, inevitablemente se refiere a *valores* (más o menos "superiores")», la relación entre *principios* y *normas* se «desdramatiza», descubriéndose que principios y normas son dos elementos imprescindibles en toda actividad jurídica: «el principio sin norma lleva a un casuismo arbitrario, imprevisible e irreversible, que acabaría por convertirse en norma particular ajena a todo sistema. La norma sin principios no puede actuar; el normativista se condena a dejar, voluntariamente o no, sus principios en la penumbra, ahorrándose su fundamentación y sustrayéndolos a toda crítica». Pues bien, en este marco los valores actúan primordialmente como principios, pero los valores «recogidos en un texto adecuado, funcionarán como normas en la medida en que su formulación permita fundamentar en ellos decisiones, hacerlas previsibles o dar paso a su posterior revisión. Si, por la apertura de su formulación, todo ello no es posible, funcionarán como principios, sin ser menos jurídicos por ello».

También se ocupa el autor de la fundamentación de los valores. «A nuestro modo de ver, y de modo forzosamente simplificado, sólo caben -afirma- dos modelos básicos. El que llamaremos "modelo A" entiende que tienen un fundamento real: que existe una realidad valiosa en sí misma, de la que derivan unas exigencias para la actividad humana, capaz de dictaminar que es más o menos correcta (...). En segundo lugar, considera que cabe un conocimiento racional (...) de dicha realidad. En el que llamaremos "modelo B" se rechaza la existencia de realidad alguna valiosa. El valor no es una característica real, que quepa conocer racionalmente, sino que expresa simplemente una opción de la voluntad.» Estos dos modelos olvidan la importancia de la existencia de un consenso suficiente en un momento histórico determinado respecto a los valores. Para el autor, sin embargo, caben «planteamientos que, compartiendo los dos elementos básicos del "modelo A" -la existencia de una realidad respecto a los valores superiores y la susceptibilidad de esta realidad de ser conocida racionalmente-, den al segundo un avance muy diverso», en el sentido de resaltar su carácter problemático, de relativizarlo; de esta forma, la existencia de un consenso histórico puede ser considerada como un «síntoma» (no como fundamento), y aparece como prudente la formulación de vías procedimentales que propicien «la transparencia argumental, el consenso intersubjetivo, la igualdad de trato y la revisión crítica».

El autor concluye que sólo dentro del «modelo A» conserva nuestra Constitución los aspectos favorables que se atribuyen a su apelación a los valores, lo que significa afirmar que existe en ella un transfondo iusnaturalista. A la luz de estos planteamientos el artículo finaliza con un análisis del artículo 1. 1. de la Constitución.

(Daniel González Lagier)

OTERO PARGA, Milagros M.

La Filosofía del Derecho Penal en la Universidad de Santiago, 1800-1970.

Ed. Trivium, Madrid, 1987, 303 págs.

Esta obra realiza un estudio histórico sobre la enseñanza del Derecho Penal en la Universidad de Santiago de Compostela durante 170 años.
En ella pueden observarse dos partes perfectamente diferenciadas. La primera se titula *Estudio de las fuentes*, y la segunda *Estudio de las ideas*.
A su vez, cada una de estas partes genéricas presenta distintas subdivisiones internas que aclaran el contenido de la obra.
En primer lugar, y dentro del estudio de las fuentes, el primer epígrafe se titula *Los catedráticos de Derecho Penal en la Universidad de Santiago de Compostela*. En él se realiza un estudio bibliográfico de los doce catedráticos que sucesivamente ocuparon la cátedra de Derecho Penal en la Universidad gallega.
También dentro de este mismo epígrafe se hace mención de aquellos otros profesores que, sin ser catedráticos, se ocuparon de la enseñanza de la materia objeto de estudio, en las aulas compostelanas.
Para terminar, se realiza una breve reseña de la situación actual del departamento.
El segundo epígrafe, dentro de esta parte primera dedicada al estudio de las fuentes, se ocupa de aportar la *bibliografía por orden cronológico de todas las obras escritas por los catedráticos de Derecho Penal de la Universidad de Santiago de Compostela en el período estudiado*.
La segunda parte del libro se refiere al *estudio de las ideas*. En ella se estudian, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, una serie de tópicos sobre los cuales, los autores reseñados se habían manifestado en su tiempo.
En efecto, un subepígrafe se ocupa del *Derecho Penal*, otro de lo que denominamos *Parafernalia del concepto*, otro de la *Pena*, y, el último, *del delito*.
Cada uno de estos subepígrafes, a su vez se subdividen en otros que van proporcionando los datos suficientes para poder determinar con bastante exactitud lo que pensaban estos autores sobre las distintas ideas estudiadas. Finaliza este trabajo con una serie de conclusiones, en las que de una forma amplia y detallada se van exponiendo los puntos a los que ha conducido el trabajo realizado.

PECES BARBA, Gregorio; HIERRO, Liborio; ÍÑIGUEZ DE ONZOÑO, Santiago; LLAMAS, Ángel.

Derecho positivo de los derechos humanos.

Ed. Debate, Madrid, 1987, 430 págs.

Se trata de una recopilación de textos de derechos humanos desde su prehistoria hasta su regulación internacional en nuestros días. Además de una introducción general, cada parte, cada capítulo y cada

texto seleccionado lleva también una introducción, lo que permite al lector «situarse en el momento histórico y en las condiciones de la evolución en su conjunto, en sus diversos momentos y en la producción normativa» (las introducciones a los textos concretos se inician con los que, en el tránsito a la modernidad, suponen el comienzo de la historia de los derechos humanos).

Los textos recogidos son los siguientes: 1. Prehistoria de los derechos fundamentales: Deuteronomio, VI Concilio de Toledo (638), VIII Concilio de Toledo (653), Carta del Convenio entre el rey Alfonso I de Aragón y los moros de Tudela (1119), Decretos de la curia de León (1188), Carta de Neuchâtel (1214), Carta Magna de Juan sin Tierra (1215), Carta jurada del rey Teobaldo II, reconociendo las libertades de Navarra (1253), El principio o regla de libertad (Las Siete Partidas), Partida séptima, Ley 34, reglas 1.ª y 2.ª (siglo XIII), Disposiciones de Oxford (1258), Pacto del 1 de agosto (Origen de la confederación Suiza) (1291), Ordenanza núm. 29 (Gran Bretaña) (1311), Código de Magnus Erikson (Suecia) (1350), Constitución *Neminem captivabimus* del rey Wladislav Jagiello (Polonia) (1430), Pragmática de los Reyes Católicos declarando la libertad de residencia (1480); 2. Historia de los derechos fundamentales, textos jurídicos nacionales: Textos jurídicos de la colonización española en América, Introducción de los Reyes Católicos a Nicolás Ovando, gobernador de las Indias (1501), Leyes de Burgos (1512), Cédula concedida por Fernando el Católico (1514), Decreto de Carlos I sobre la esclavitud en Indias (1526), Bula *Sublimis Deus* concedida por Paulo III (1537), Leyes nuevas de Indias (1542), Edicto de Nantes, Petición de derechos (1628), Cuerpo de libertades de la bahía de Massachusets (1641), Acta de tolerancia de Maryland (1649), Normas fundamentales de Carolina (1669-1670), Concesiones y acuerdos de West New Jersey (1677), Acta de *habeas corpus* (1679), *Bill of Rights* (1688), Carta de privilegios de Pennsylvania (1701), Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia (1776), Declaración de independencia de los Estados Unidos (1776), Declaración de derechos y normas fundamentales de Delaware (1776), Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789), Declaración de derechos de Estados Unidos, enmiendas números 1 al 10 a la Constitución (1791), La Constitución política de la monarquía española (1812), La Constitución belga de 1831, la Constitución francesa de 1848, Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, Constitución de la monarquía española (1869), Constitución española de 1876, Ley de asociaciones de 10 de junio de 1887, La Constitución mexicana de 1917, Declaración de los derechos del pueblo trabajador y explotado (1918), La Constitución del Reich alemán (1919), Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, Constitución de la República Española (1931), La Constitución italiana (1947), Ley fundamental de la República Federal de Alemania (1949), Preámbulos de las Constituciones francesa de 1958 y 1946, Constitución portuguesa de 1976, revisada por ley constitucional 1/82, Constitución española de 1978; 3. Textos internacionales: Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (1948), Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, Documentos de la organización de las Naciones Unidas relativos a los derechos de la mujer, Declaración de los derechos del niño (1959), La Carta social europea (1961), Convenio internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1963), Estatutos de la comisión interamericana de derechos humanos (1965), Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966), Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966), Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966), Convención americana sobre derechos humanos (1970).

(Daniel González Lagier)

PECES BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.

Los deberes fundamentales.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 329-341.

Este artículo se divide en tres apartados. El primero: *El origen histórico*, trata del origen del concepto de deber. Este surge con una fuerte dimensión religiosa y no alcanza influencia decisiva en el Derecho hasta la modernidad, produciéndose en el siglo XVII su trasvase del ámbito moral al jurídico. El autor repasa la evolución del concepto desde la Roma clásica, destacando las transformaciones que experimenta con el iusnaturalismo racionalista y su tratamiento por autores como Hobbes y Kant, señalando cómo a partir del siglo XIX empieza a tomar cuerpo la idea de que los deberes jurídicos dependen de la existencia de una norma jurídica que los establezca y reflejando su positivación en las declaraciones de derechos y constituciones.

El segundo apartado: *Concepto de deberes fundamentales*, parte del concepto de deber jurídico como primer paso para determinar el concepto de deberes fundamentales. Se descartan «aquellas posiciones, como las del realismo escandinavo, que desvalorizan el concepto de deber jurídico» y se pretende estipular un uso para este concepto que sea válido para cualquier ordenamiento jurídico. Tras estudiar las definiciones de Bentham, Holmes, Kelsen y Hart el autor propone un concepto que reúna las siguientes notas:

1. «El deber jurídico existe con independencia de que el deber de que se trata haya tenido previamente o no una dimensión moral.»
2. «El deber jurídico tiene que estar reconocido por una norma perteneciente al Ordenamiento.»
3. «Normalmente los deberes jurídicos llevan aparejada una sanción en caso de incumplimiento y ésta consiste en una pena o en la ejecución forzosa a cargo de quien tiene ese deber (en el supuesto de que sea posible) o una indemnización en otro caso.»
4. «En la Teoría del Derecho a partir de Hohfeld, deber jurídico es correlativo de Derecho subjetivo y opuesto a libertad.»

Con todo ello, cabe estipular que los deberes fundamentales son «aquellos deberes jurídicos que se refieren a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia, a la satisfacción de necesidades básicas o que afecten a sectores especialmente importantes para la organización y el funcionamiento de las instituciones públicas, o al ejercicio de derechos fundamentales, generalmente en el ámbito constitucional». Hay que destacar que «a diferencia de los derechos fundamentales, cuya raíz ética previa (la moralidad de los derechos fundamentales) es evidente, los deberes fundamentales son, en ocasiones, consecuencia de la convención y del ejercicio del poder soberano, titular de la producción normativa».

Por último, en el tercer apartado: *El contenido de los deberes fundamentales*, se examinan algunos: los deberes del poder político, instituciones y operadores jurídicos de salvaguardar la libertad y la igualdad y el deber de los ciudadanos de obedecer al Derecho (deberes recíprocos que pueden fundamentarse en una construcción racional desde posturas contractualistas, según el autor); los deberes «que se basan en razones de organización del Estado para subvenir en la satisfacción de necesidades o para la realización de funciones públicas, y que por su importancia son recogidos en la Constitución o en leyes que encuentran su fundamento en una norma de producción recogida en la Constitución» (son los deberes de función, como los de función de jurado y el deber de voto, y los

deberes de prestación general y prestación especial, como los de servicio militar y los derivados de los cargos de funcionario, juez, etc., respectivamente); y los deberes fundamentales de los ciudadanos o de los poderes públicos que son correlativos con la existencia de derechos subjetivos (como el de respeto por los derechos fundamentales).

(Daniel González Lagier)

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.

Los valores superiores.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 373-388.

El presente texto se estructura en cuatro apartados. El primero nos introduce en la materia que será desarrollada en los apartados siguientes: nos plantea el problema de la integración de los valores en normas que parece realizar nuestra Constitución y propone un análisis del artículo 1.1.
El apartado II estudia el contenido del artículo 1.1. de la Constitución española, destacando las siguientes notas del mismo: la justificación pactista del poder; la configuración del poder como «Estado social y democrático de Derecho»; la plasmación de un sistema de valores (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político); la consideración del sistema jurídico como técnica de realización de tales valores.
Considera el autor que el artículo 1.1. de nuestra Constitución hace compatible «el punto de vista normativista sistemático y el de los criterios de moralidad o de justicia, en la tarea de acotar y de independizar el fenómeno jurídico». En este sentido este artículo supone:
«1. Una teoría de la justicia no iusnaturalista, sino que propugna la positivización de una moralidad, con un fundamento histórico y racional suficiente en el mundo moderno y que se concentra en los valores superiores.
2. Una teoría de la justicia no positivista, puesto que no deja en libertad al órgano supremo de producción del Derecho para la construcción voluntarista de un sistema de valores del Ordenamiento jurídico.
3. Una teoría del Derecho basada en el sistema, pero que no reduce el sistema a su dimensión formal -modelo kelseniano-, sino que incorpora elementos materiales como básicos para la construcción de ese sistema.
4. Una teoría del Derecho que incorpora principios, pero que no tiene que ser tópica y problemática, sino que puede ser sistemática.»
El apartado III estudia también este artículo desde la perspectiva de norma localizada en el conjunto del ordenamiento jurídico, llegando a las siguientes conclusiones:
a) En cuanto norma pueden hacerse las afirmaciones siguientes: el lenguaje que utiliza es descriptivo, no prescriptivo; se trata de una norma que define los contenidos del Derecho español (es una norma definitoria, según la clasificación de Von Wrihgt); supone la positivización de los fundamentos éticos de un sistema político a través de su ordenamiento jurídico; posee una relación de totalidad en relación con el sistema jurídico.
b) Desde el punto de vista sistemático y global el autor califica la filosofía jurídica que subyace en el artículo 1.1. de normativismo corregido, porque incorpora una dimensión material a la norma básica del ordenamiento, con lo que supera al normativismo formalista.
En el apartado IV se estudia el problema de la interpretación de los valores superiores. El autor sostiene que los valores superiores poseen un núcleo central fruto de la tradición histórica y de la reflexión racional y que «en la interpretación de los valores superiores en el proceso de creación y aplicación del Derecho, deberá contar con ese núcleo central de sentido, tanto en el Derecho legal como en el Derecho judicial». Partiendo de esto, señala «algunas de las dimensiones más relevantes

de la interpretación de los valores superiores del artículo 1.1.».

(Juan Sala Puche)

PEIDRÓ PASTOR, Ismael.

Aplicación al campo jurídico de las ideas de persona, personeidad y personalidad de Zubiri.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 523-537.

Sólo desde la perspectiva filosófica es posible llegar a un concepto unitario de la persona y de la personalidad jurídica, así individual como colectiva. Es el objetivo de este trabajo. Es más, sólo desde esa perspectiva cabe explicar la evolución de los distintos sistemas jurídicos vigentes en orden a la regulación de la personalidad de los entes colectivos. En el campo de la Ciencia jurídica las diversas teorías que se ofrecen para explicar la realidad de estos últimos, no han hecho otra cosa que destacar alguno de sus aspectos, pero no han llegado a descubrir la esencia de esa «realidad social viva», que es la persona colectiva.

Desde el punto de vista de su «inteligencia sentiente», síntesis del sentir y del razonar del hombre, Javier Zubiri ha configurado al hombre como un animal que aprehende lo real como real y siente lo real en impresión. «Aprensión sentiente y aprehensión intelectiva -dice- son momentos de un solo acto de aprehensión sentiente de lo real.» Por otra parte el hombre vive por sí y se siente un «autós», es alguien que se «autoposee». Por esto es «persona», es decir, una «suidad real», con dos momentos: *a)* el de realidad de suyo; y *b)* el de contenido autonomizado. Aspectos interno y externo de la persona, respectivamente. La persona es una «realitas in essendo». Como tal realidad, cabe considerarla en sí misma desde su origen hasta su final, y es lo que Zubiri denomina «personeidad»; y también cabe considerarla como realidad que va siendo a lo largo de su existencia, que Zubiri llama «personalidad». Y así, dice este filósofo, como personeidad siempre soy el mismo, pero como personalidad no siempre soy lo mismo. Depende de mis decisiones en el campo de mi actuación social.

Si como sostiene hoy buena parte de la doctrina jurídica, el Derecho es un «elemento personalizante», porque en la vida social consolida la continuidad de la persona; y por otro lado, no existe mejor base para fundamentar los derechos humanos que el reconocimiento jurídico de la dignidad de la persona, es obvio que interesa llegar a una concepción unitaria del problema de la personalidad jurídica, en base a estas dos cuestiones: primera, ¿quién es persona jurídica?; segunda, ¿por qué es persona jurídica un ente colectivo? A desarrollar ambas cuestiones se dedica este trabajo, no sólo desde el punto de vista doctrinal, sino también con referencia al Derecho vigente español y europeo que se citan.

(Ismael Peidró Pastor)

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.

El Defensor del Pueblo en Andalucía.

En el vol. col. *El parlamento de Andalucía*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, págs. 295-334.

Pese a que el trabajo persigue como finalidad principal el dar cuenta del marco normativo y de la actividad desarrollada *(law in action)* por el Defensor del Pueblo Andaluz, tal análisis se encuadra en una visión global sobre los orígenes, estructura y funciones de Ombudsman. Fiel a este planteamiento general se traza una aproximación histórica a los precedentes hispanos de la institución, con especial referencia a sus presuntas concomitancias con el Justicia Mayor de Aragón y con diversas magistraturas de Al-Andalus en la etapa musulmana. Asimismo, se enjuician los avatares que contribuyeron a la formación histórica del Ombudsman en el Derecho sueco. El estudio pone también de relieve la importancia actual de los Ombudsmen existentes en el Derecho comparado con competencias *ratione loci* (internacionales, nacionales, regionales y locales) y *ratione materiae* (judiciales, militares, de los consumidores, antitrust, defensores del administrado frente a abusos informáticos...). Se pone, de este modo, de relieve la importancia de la institución como cláusula de garantía de las libertades y se avanza un balance prospectivo de su futura relevancia como mecanismo de tutela de los derechos fundamentales en España y, en particular, en la Comunidad Autónoma Andaluza.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.

Implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información.

En el vol. col. *IV Encuentro sobre implicaciones socio-jurídicas de las tecnologías de la información*, Fundación Citema, Madrid, 1987, págs. 139-156.

Las repercusiones de las nuevas tecnologías de la información van mucho más allá del plano teórico de la interacción entre los modelos o sistemas operativos de la cibernética y explicativos de la sociedad. Es evidente que el aspecto que hoy suscita mayores expectativas, pero también mayores recelos, es el referido al impacto de las modernas tecnologías en los aspectos más directamente relacionados con la *praxis* humana.
La preocupación prioritaria de nuestra época se centra, por tanto, en los denominados «análisis de impacto social» o «evaluación de costes y beneficios de la tecnología» expresiones equivalentes a la ya popular terminología anglosajona del *technology assessment*, o de sus versiones germanas de la *Evaluationsforschung* o de la *Wirkunsgsforschung*. En realidad lo que se conoce bajo tales denominaciones no pasa de ser una amalgama heterogénea de iniciativas aisladas que obedecen a métodos de análisis y objetivos muy dispares. Resulta, por ello, perentorio un análisis global y totalizador de los fundamentos teóricos y prácticos de esa actividad evaluatoria.
Acotar los campos en los que se hace patente el impacto tecnológico es tarea ardua, porque prácticamente son todos los sectores del quehacer humano individual y social los que se hallan, en mayor o menor medida, afectados. Además resulta también difícil cuantificar la intensidad de esas repercusiones en sectores diferenciados, por su propio carácter global e interdependiente. No en vano la Revolución tecnológica ha convertido a la sociedad humana en un sistema mundial integrado que depende vitalmente de una trama orgánica de interconexiones e interdependencias.
En este trabajo se analizan estas cuestiones desde dos planos: las aportaciones que del impacto de las nuevas tecnologías se derivan en los planos ecológico, económico, político y socio-jurídico; y correlativamente sus riesgos y medios para prevenirlos o resolverlos.

(Carmelo Gómez Torres)

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.

Informática y derechos fundamentales.

En el vol. col. *Derecho Informático (Actas de las Primeras Jornadas Nacionales)*, Asociación de Escribanos del Uruguay & Colegio de Abogados del Uruguay, Montevideo, 1987, págs. 119-136.

Las amenazas que se derivan de determinados abusos en la utilización de la tecnología informática han propiciado un movimiento de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia de los países más avanzados tendente a la consagración de la libertad informática o del derecho a la autodeterminación informativa.

Tales derechos se presentan como una respuesta al fenómeno de la «contaminación de las libertades», término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinadas agresiones de las nuevas tecnologías. En este trabajo se analizan las disposiciones normativas, decisiones jurisprudenciales y aportaciones de la doctrina más recientes que permiten trazar las pautas generales de la estrategia jurídica actual de tutela de las libertades frente a las injerencias informáticas. Se esbozan, al propio tiempo, propuestas para una equilibrada coexistencia del progreso tecnológico y la protección de los derechos fundamentales.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.

La tutela jurídica del «software».

Novática. Revista de la Asociación de Técnicos de Informática, vol. XIII, núm. 71, 1987, págs. 7-11.

De entre los nuevos problemas que la informática plantea al jurista tienen hoy especial importancia los que hacen referencia a la protección del soporte lógico o *software*. En este trabajo se analizan los distintos instrumentos aportados para conformar el marco jurídico regulador del soporte lógico. Se analizan, en primer término, los mecanismos de protección jurídica genéricos: responsabilidad civil extracontractual, normas sobre la competencia desleal, o sobre la tutela del secreto industrial. Se exponen a continuación las ventajas e inconvenientes de la protección a través del derecho de patentes. Sucesivamente se alude a la proyección del régimen jurídico de la propiedad intelectual y, de modo particular, se hace una exégesis de las «Disposiciones tipo para la protección del *software*» promulgadas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en Ginebra en el año 1978.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.

Rechtsphilosophie und Rechtstheorie in Spanien.

Rechtstheorie, núm. 3, 1987, págs. 313-334.

Este trabajo supone una reelaboración ampliada de la conferencia sobre el tema: *La filosofia e la teoria del diritto in Spagna*, pronunciada por el autor en la Universidad de Bolonia y que fue publicada por la «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 1982, núm. 3, págs. 926-945. El texto actual parte de una exposición sobre los orígenes doctrinales e institucionales de los estudios de Derecho natural y filosofía del Derecho en las Universidades españolas. Se analizan, de forma más detenida, los avatares y principales corrientes de pensamiento que marcan el devenir de estos estudios en el siglo pasado. El artículo se concluye con una panorámica de las principales tendencias teóricas y de investigación que se han ido sucediendo en los últimos años. Se enjuician en este último apartado las principales manifestaciones del iusnaturalismo y el positivismo jurídico elaboradas en nuestro país, así como las más recientes orientaciones que pretenden situar el estudio de la filosofía del Derecho en los parámetros actuales que delimitan, a escala internacional, el *status* científico de la disciplina. La conclusión a que se arriba propende a un equilibrio entre las nuevas orientaciones y la tarea de reconstrucción de los aspectos más válidos de la tradición iusfilosófica hispana.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.

Sobre la igualdad en la Constitución española.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 133-151.

La igualdad es una de las piezas clave informadoras de la Constitución española de 1978. Sin embargo, el hecho de que la igualdad haya sido una de las categorías invocadas con mayor frecuencia en nuestra incipiente experiencia jurídico-constitucional no implica que exista acuerdo pacífico sobre su significado y alcance. En este trabajo se intenta precisar el sentido de la igualdad a partir de su relación con la idea de la justicia; examinándose asimismo el papel de la igualdad como regla y contrarregla y sus acepciones inmanente y trascendente. Se pasa luego revista al significado normativo de la igualdad en el texto de la Constitución española de 1978. Se analizan aquí sucesivamente los cometidos de la igualdad en cuanto valor constitucional, principio del ordenamiento jurídico y norma específica concretada en el derecho fundamental a la igualdad. En relación con este último papel asumido por la igualdad, en este artículo se opta decididamente por la admisión de la igualdad como derecho, frente a las tesis que impugnan tal posibilidad.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.

Concepto y concepción de los derechos humanos. (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta.)

ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan.

A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta.

LAPORTA, Francisco.

Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 47-77.

Este conjunto de artículos recogen una polémica suscitada a propósito del trabajo de F. Laporta *Sobre el concepto de derechos humanos* (ver reseña en el núm. 5 de Doxa).

El artículo de Pérez Luño se estructura en torno a la distinción de Dworkin entre concepto (que alude al significado teórico y general de un término) y concepción (que hace referencia a la forma de llevar a la práctica un concepto). Así, en primer lugar, el autor, tras realizar un cuadro de las distintas vías de acceso posibles a la delimitación conceptual de los derechos humanos, pone de manifiesto que la ponencia entraña una definición explicativa. En segundo lugar, se detiene en la concepción de los derechos humanos que se trasluce en la Ponencia. Por un lado, alude a la inspiración en el modelo iusnaturalista que se hace patente en las siguientes ideas: *a)* la afirmación de que no hay que confundir los tipos de derechos con los tipos de protección normativa; *b)* la idea de que los derechos son algo anterior a las normas; y *c)* el distanciamiento de quienes mantienen que sólo puede hablarse de derechos en el marco de un sistema jurídico. Si bien Laporta no se sitúa a sí mismo dentro de la teoría iusnaturalista, sino en la órbita de los derechos morales, Pérez Luño considera que la tesis de los derechos morales supone una denominación nueva para aludir a las exigencias éticas implícitas en la noción de los derechos humanos, tal como tradicionalmente han sido entendidos desde la óptica iusnaturalista. En cuanto al método seguido por Laporta, escribe Pérez Luño: «Si respecto a la inspiración genérica de la Ponencia no tengo inconveniente en declarar mi conformidad sin reservas, éstas me comienzan a surgir al analizar el *método* a través del cual se vehicula su concepción de los derechos humanos. Pienso al respecto que para el acceso a esas instancias éticas previas el Derecho positivo el ponente se sitúa, consciente o incosncientemente, en un enfoque iusnaturalista duro o maximalista de marcada orientación eleática. Se trata, en efecto, de una orientación metódica que prima la dimensión sincrónica respecto a la diacronía de los derechos humanos, a los que pretende emancipar de sus condicionamientos históricos e institucionales.»

Las críticas de Atienza y Ruiz Manero se centran en torno a tres cuestiones: 1. el rechazo de Laporta a definir los derechos en términos deónticos; 2. algunas inconsistencias que se derivan de la posición adoptada por Laporta a propósito de la relación entre los derechos y los sistemas normativos; y 3. las dificultades con que se encuentran algunos de los derechos humanos usualmente considerados como más básicos para satisfacer las exigencias de la concepción de Laporta.

Finalmente, Francisco Laporta replica, al tiempo que realiza algunas precisiones a su propia ponencia, a las criticas apuntadas en los artículos anteriores.

(Josep Aguiló Regla

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.

Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las N. T de la información.

Fundesco, Madrid, 1987, 154 págs.

En este libro se plantean sucesivamente diferentes cuestiones básicas relacionadas con el impacto socio-jurídico de las nuevas tecnologías:
¿Qué repercusiones mediatas o inmediatas van a derivarse de las nuevas tecnologías de la información en los sectores medioambiental, económico, social, cultural y político? ¿A través de qué instrumentos epistemológicos puede abordarse la conceptuación de la incidencia socio-jurídica de las nuevas tecnologías? ¿Cuál puede ser la influencia de las nuevas tecnologías en el procesamiento de la documentación de las ciencias sociales y de las fuentes de conocimiento jurídico? ¿Existen cauces jurídico-políticos que permitan orientar el proceso tecnológico hacia objetivos que conjuguen el progreso con la libertad? Los cuatro apartados que configuran el volumen constituyen otros tantos empeños encaminados si no a la solución sí, al menos, a propiciar un marco adecuado de análisis para estas apremiantes cuestiones.
La tarea de tasación crítica de las nuevas tecnologías se está realizando con interés creciente en los países más evolucionados. En España esta labor asume ahora el signo de un desafío inaplazable si queremos que la revolución tecnológica avance por derroteros propios de una sociedad libre y democrática. Sin embargo, el eco despertado entre nosotros por estas cuestiones ha sido escaso, lo que se ha traducido en un panorama bibliográfico con amplias oquedades que apremia colmar. Este libro se propone contribuir a ese empeño.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (editor).

Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica.

(Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), Tecnos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987, 295 págs.

Esta obra se halla dividida en tres partes, que responden a los respectivos núcleos temáticos que sucesivamente se abordan:
1. La primera recoge las contribuciones más directamente vinculadas con el argumento central del Coloquio, o sea, con la problemática de los sistemas automatizados de documentación jurídica. Tras un planteamiento general sobre las aportaciones de la informática para la superación de la crisis de la documentación jurídica y la exposición de los principales sistemas (Antonio Enrique Pérez Luño), se estudian los problemas jurídicos de la información y la documentación (Vittorio Frosini), así como las implicaciones políticas de los sistemas automatizados de documentación jurídica (Spiros Simitis). Se exponen, a continuación, contribuciones referentes a algunas experiencias operativas tales como: la del Instituto para la Documentación Jurídica de Florencia (Costantino Ciampi); la Legal

Philosophical Library (Enrico Pattaro y Giovanni Sartor); el sistema SABIBI (Ernesto García Camero) y el sistema UNAM-IURE de México (Enrique Cáceres Nieto). La sección se cierra con dos estudios centrados en la Universidad de Sevilla, referidos, respectivamente, a la problemática de la Biblioteca de la Facultad de Derecho (Arcadio Castillejo) y al soporte informático con el que se cuenta para acometer su informatización (Felipe Tudela).

2. La segunda parte del libro se halla integrada por trabajos que versan sobre cuestiones referentes a la informática jurídica y sus presupuestos lógicos. Se recogen aquí, dos importantes contribuciones lógicas, referida la primera a las relaciones entre filosofía del Derecho y lógica deóntica (Georges Kalinowski), en tanto que la segunda constituye una completa y rigurosa formulación de una metodología general para el análisis de la estructura lógica de los sistemas normativos, como presupuesto para su informatización (Miguel Sánchez-Mazas). Se insertan también aquí dos investigaciones iusinformáticas sobre: la informática jurídica legislativa (Josep Aguiló), y la propuesta de un thesaurus informatizado de la Constitución española (Rafael González-Tablas). Esta panorámica se completa con una sugerente exposición prospectiva sobre la organización del estudio de la informática en las Facultades de Derecho (Manuel Atienza).

3. Los trabajos que conforman la tercera parte abordan cuestiones de Derecho de la informática. Se insertan aquí una reflexión sobre el impacto jurídico de las nuevas tecnologías, con especial hincapié en el Derecho laboral (Wolfgang Däubler); un análisis de las nuevas categorías jurídicas innovadas por el Derecho informático, como el derecho a la autodeterminación informativa (Erhard Denninger); y un estudio sobre recientes proyectos de ley italianos para la defensa de datos personales (Mario Losano).

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.

Razón e historia en la experiencia filosófica y jurídica de Guido Fassò.

Reason in Law, Milán, vol. I, 1987, págs. 47-61.

La reconstrucción del pensamiento de Guido Fassò se lleva a cabo a partir de su planteamiento de las relaciones entre la razón y la historia. Para ello, se parte de la tesis de que la concepción iusfilosófica del profesor Fassò se inserta en los esfuerzos rehabilitadores de la razón práctica que han caracterizado algunas de las más interesantes aportaciones teóricas de la filosofía actual.

Al propio tiempo se sostiene en esta monografía que una de las más valiosas contribuciones de Fassò a la historiografía de la filosofía jurídica es la de haber elucidado el papel de la función histórica del Derecho natural, en cuanto criterio básico de racionalidad práctica de la experiencia jurídica. Los escritos de madurez de Guido Fassò reflejan una preocupación constante por superar los prejuicios y lugares comunes que, en la cultura filosófica y jurídica contemporánea, han ensombrecido u ocultado el significado ético y la función política del iusnaturalismo; es decir, su valor permanente como exigencia para supeditar el mito, el arbitrio y el poder a la racionalidad.

PÉREZ RUIZ, Carlos.

La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975). (Prólogo de Antonio E. Pérez Luño.)

Ed. Tecnos, Madrid, 1987, 310 págs.

Esta obra constituye un estudio crítico sobre las argumentaciones morales empleadas por el Tribunal Supremo durante el período franquista. El autor, tomando como base para su investigación el examen de 1.126 sentencias producidas por dicho órgano judicial durante tan dilatada etapa, realiza un riguroso análisis lingüístico y hermenéutico de esta importante documentación, indagando aquellos principios explícitos o subyacentes en un posible sistema moral que afecta tanto a las conductas públicas (políticas, económicas, laborales) como privadas (religiosas, familiares, sexuales) de los ciudadanos. El estudio, prologado por el profesor Pérez Luño, quien dirigió el trabajo de investigación que sobre esta misma temática presentó el autor para la colación del grado de doctor, aparece estructurado en ocho capítulos en los que, tras una breve introducción en la que expone la problemática general filosófico-jurídica que sirve de referencia para dicho estudio, trata de delimitar el objeto concreto de su investigación no sólo desde el punto de vista temático, sino también cronológico, adoptando como técnica de trabajo un método que es a la vez descriptivo, inductivo y analítico. A continuación, aborda en profundidad las argumentaciones morales, en relación con las conductas religiosas; con la actividad política, económica y laboral; en las relaciones jurídico-privadas; en relación con la conducta sexual y en relación con la familia. Por último, nos ofrece una síntesis de sus conclusiones más relevantes y culmina su documentado trabajo con un amplio índice de sentencias de jurisprudencia penal, contencioso-administrativa, civil y laboral, añadiendo asimismo una extensa bibliografía sobre el tema.

(Antonio Ruiz de la Cuesta)

PRIETO SANCHÍS, Luis.

Ideología e interpretación jurídica.

Ed. Tecnos, Madrid, 1987, 146 págs.

Como sugiere su título, esta obra tiene por objeto analizar la naturaleza que presentan las labores de interpretación y aplicación del Derecho y, en particular, constatar y reflexionar sobre la presencia de ingredientes morales, políticos y, en suma, ideológicos en la actividad de los juristas, especialmente de los llamados operadores jurídicos. El propio autor lo indica en la nota preliminar: «Ya nadie cree en la racionalidad de un legislador sin pasiones y, sin embargo, sorprende todavía la confianza que suelen tener los juristas en su ciencia y los jueces en su neutralidad.»

Tras una Introducción que pretende aclarar el significado que en la propia obra se atribuye a ciertas expresiones corrientes, como la de que «los jueces producen Derecho», ilustradas incluso con algún ejemplo, los dos primeros capítulos constituyen una aproximación crítica a lo que los propios juristas han pensado acerca de su trabajo. En concreto, el capítulo inicial describe el *status* del conocimiento

y de la interpretación jurídica desde el iusnaturalismo racionalista hasta las corrientes irracionalistas de los años treinta: la escisión del horizonte jurídico entre un Derecho racional y un Derecho histórico en el siglo XVII; la incidencia del contractualismo y de la formación del Estado en ese esquema iusnaturalista; la casi perfecta unión entre voluntad y razón del iluminismo; el paulatino desplazamiento del modelo racional desde la creación a la aplicación del Derecho que, a juicio del autor, señala el tránsito del iusnaturalismo al positivismo; las consecuencias del romanticismo jurídico; el deslizamiento irracionalista y voluntarista desde la escuela de Derecho libre a la teoría jurídica nacionalsocialista, etc.

El capítulo II presenta un carácter análogo, pero centrado en el pensamiento jurídico contemporáneo a partir de 1945. Un estudio crítico de las corrientes tópica, hermenéutica y retórica, a las que el autor quiere emparentar con el juez Hércules de Dworkin, se contrapone a la teoría de la interpretación del normativismo. El libro muestra sus simpatías por este último, si bien propone algunas correcciones. Seguidamente, la obra se adentra en el estudio de las «circunstancias y supuestos de la creación judicial del Derecho», que pretende ser una disección del razonamiento judicial típico, desde la cualificación provisional de los hechos e individualización de la norma hasta la decisión o fallo, pasando por la atribución de significado, los llamados métodos de interpretación, etc.

A la vista de los resultados, el capítulo IV propone una reformulación de la posición institucional del juez en el marco de un Estado de Derecho. Concebido como un «órgano de producción jurídica», se interroga acerca de sus diferencias con el legislador, de la legitimidad de sus decisiones y de los hipotéticos medios de control y crítica.

Por último, el capítulo V constituye una reflexión sobre «creación judicial, norma hipotética y regla de reconocimiento», es decir, sobre la posibilidad de mantener una imagen sistemática, y no necesariamente hermética, del orden jurídico una vez constatada la presencia de elementos morales o valorativos en el proceso de interpretación del Derecho; todo ello en diálogo con los planteamientos de Kelsen y Hart.

PRIETO SANCHÍS, Luis.

Sabuco y los pleitos (La crítica al derecho de un médico humanista de finales del siglo XVI).

Revista Al-Basit, Albacete, núm. 22 (segunda época, año XIII), 1987, págs. 169-176.

El trabajo forma parte de un número monográfico dedicado por la Revista *Al-Basit* a la figura de Miguel Sabuco, médico humanista natural de Alcaraz (Albacete) y autor de una curiosa «Nueva filosofía de la naturaleza del hombre, no conocida ni alcanzada por los grandes filósofos antiguos, la cual mejora la vida y la salud humana». La obra, en forma de diálogo entre tres pastores, se inscribe en la corriente educativa, preilustrada, antimonástica y antropológicamente optimista de muchos humanistas españoles, abordando las más diversas áreas del conocimiento y de la acción humanas, desde la naturaleza física y psíquica del hombre a los métodos agrícolas, pasando por la política, el Derecho y, sobre todo, la medicina.

El trabajo de L. Prieto pretende ser una breve introducción al conocimiento de un autor casi olvidado y, por lo demás, no excesivamente relevante en el ámbito de la filosofía jurídica del humanismo, cuyo

tratamiento representa una mínima parte de la obra. Las ideas de Sabuco tampoco parecen muy originales ni desarrolladas, al menos en lo referente al Derecho, por lo que el estudio se centra de modo principal en una comparación entre el pensamiento del autor de Alcaraz y las aportaciones mucho más sólidas y elaboradas de Erasmo y Vives. Desde esta perspectiva, Prieto repasa brevemente la crítica humanista al Derecho Romano y a una ciencia jurídica esclerotizada, la polémica de la época acerca del honor y de los estatutos de limpieza de sangre, los deseos humanistas de modernización y simplificación del Derecho y de la práctica forense, su lucha en favor de la sustitución del latín por la lengua romance, etc. Por último, el estudio finaliza con una valoración general del humanismo jurídico de Sabuco desde la perspectiva de la filosofía jurídica contemporánea, indicando su relación con la tópica o la hermenéutica de nuestros días.

PRIETO SANCHÍS, Luis.

Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 591-617.

El presente trabajo recoge con algunas modificaciones uno de los epígrafes de la «Memoria» en su día preparada por el autor para el concurso a la cátedra de filosofía del Derecho, y esta finalidad se aprecia inevitablemente tanto en el contenido como en la forma. En síntesis, pues, se trata de una reflexión sobre el sentido que en nuestra cultura jurídica y en la Universidad actual puede tener la disciplina de filosofía del Derecho, así como sobre las tareas que debe asumir.

En relación con el primer aspecto, se constatan las dificultades que ha de encontrar una asignatura crítica y de las tradicionalmente llamadas formativas en un ambiente de creciente tecnificación y abandono de la discusión ideológica, si bien, al mismo tiempo, se defiende su necesidad como contrapunto al carácter dogmático de los estudios jurídicos. Con todo, la filosofía jurídica no debe proponerse como objetivo lesionar el modelo de jurista técnico y operativo que hoy parece requerir el «mercado». Más bien al contrario, la reflexión filosófica ha de encontrar en ese modelo su punto de partida a fin de poner de relieve las insuficiencias, condicionamientos e implicaciones del trabajo dogmático y del mismo Derecho positivo.

Asumiendo esa dimensión crítica, tal vez la tarea más evidente e indiscutible consiste precisamente en la crítica de la dogmática, es decir, del modelo de conocimiento jurídico y, estrechamente conectado, de la forma de aplicación del propio Derecho. No cabe duda que esta tarea de crítica del lenguaje puede aportar una cierta terapéutica de la que el saber jurídico parece estar necesitado. En este sentido, no se pretende deslegitimar la actividad del jurista, pero sí mostrar su auténtico carácter, obligándole a salir del confortable refugio de la justificación técnica y a buscar la posición que le corresponde entre los titulares de un poder de decisión.

Este lenguaje de segundo grado sobre el lenguaje de la ciencia del Derecho constituye, en opinión del autor, el primer capítulo de una tarea más amplia, la teoría del Derecho, cuya competencia se extiende a todo el lenguaje jurídico, desde el legislativo al doctrinal. Al margen de polémicas terminológicas, se sostiene que una teoría del Derecho emprendida desde la filosofía ha de situarse en un punto equidistante entre la ontología iusnaturalista y la dogmática positivista. En concreto, se comparte la perspectiva normativista, pero ésta no se considera incompatible con el estudio de los elementos empíricos que constituyen la base del sistema; es lo que se llama normativismo realista.

Finalmente, el trabajo se cierra con unas «Propuestas para una teoría de la justicia», que el autor reconoce como un arriesgado ejercicio de superación de las estrictas fronteras marcadas por el rigor analítico. Pese a ello, el objetivo parece irrenunciable, no sólo por una lealtad histórica a esa dimensión utópica que incorporó el Derecho natural, sino especialmente porque es aquí donde la filosofía del Derecho dirime su razón de ser como reflexión crítica sobre el orden jurídico positivo, como filosofía práctica. Tras recordar la saludable crítica de la falacia iusnaturalista y llamar la atención sobre la superficialidad de algunos planteamientos éticos, el autor adopta como punto de partida la conocida teoría de la justicia de Rawls, pero propugnando una mayor sensibilidad hacia lo histórico-concreto, en la línea de las aportaciones de las escuelas de Francfort y Budapest.

PUIGPELAT MARTÍ, Francesca.

Sobre la filosofía jurídica marxista española.

Crítica jurídica, México, núm. 5, 1987, págs. 27-42.

La finalidad de estas páginas, dice la autora, es «examinar cuáles son las aportaciones españolas de orientación marxista en el ámbito de la filosofía del Derecho», entendiendo, a este respecto, que «en nuestro país, aun cuando algunos juristas puedan estar de acuerdo con el carácter ideológico del Derecho burgués, *sólo* en la obra de Juan Ramón Capella se vislumbra un intento de reconstrucción de una teoría del Derecho basada en su carácter *clasista* e *ideológico*».

El artículo se centra, pues, en la obra de este autor. En primer lugar, la autora realiza un bosquejo de la biografía académica e intelectual de Capella; a continuación, estudia críticamente el tratamiento que Capella hace de los dos siguientes temas: 1. El Derecho como instrumento del dominio de clase; 2. la crítica de la ideología jurídica.

1. El concepto de Derecho del que parte Capella prima el aspecto formal, es decir, el de norma. Capella entiende que el Derecho se compone de «aquellas normas refrendadas por una sanción consistente en el uso de la fuerza ejercida socialmente o socialmente aceptada». Ahora bien, el poder de coacción no lo detenta la sociedad como un todo, sino el poder político, separado de la sociedad. Acepta este autor la tesis de que en la etapa de transición a la sociedad sin clases «es necesario el Derecho para acabar con el Derecho». Este Derecho será, en su opinión, todavía *desigual*, puesto que servirá para distribuir *proporcionalmente* el producto social. La distribución ha de utilizar como criterio de medida el trabajo, pero *sólo* en la medida en que facilita la creación de las condiciones requeridas para un modo de distribución según las necesidades y corregido de manera que todos los miembros de la sociedad reciban aquella parte del producto social que permita satisfacer sus necesidades mínimas *no alienadas*.

También se ocupa Capella de mostrar por qué la socialización de los medios de producción en la URSS no ha acabado con la explotación clasista, considerando que la manera de evitar el surgimiento de una clase de burócratas se encuentra en la socialización del saber, es decir, de los medios de producción estrictamente intelectuales -alfabeto, saber organizativo...-, siendo insuficiente la socialización de los medios de producción materiales.

La autora informa también de los temas que interesan en la actualidad a Capella -los movimientos alternativos no vinculados necesariamente al marxismo: pacifismo, feminismo, ecologismo...-, entendiendo que el análisis de estos nuevos temas obligará al autor a replantearse algunas de las cuestiones anteriores, que se detallan en el texto.

2. Según Capella, los destinatarios del Derecho perciben el Derecho como el consenso voluntario de todos, lo que ocurre porque el Derecho responde, en líneas generales, a la lógica del sistema económico de la sociedad que organiza. No obstante «el Derecho no es una mera consecuencia de las relaciones económicas, puesto que éste emerge, precisamente, cuando la lógica de las relaciones económicas no es suficiente para el mantenimiento de la relación social». Por otro lado, el discurso de los juristas es también ideológico, porque considera al Derecho meramente desde el punto de vista interno y porque se convierte en un discurso de poder, y no meramente descriptivo, a través de la

interpretación jurídica. A esto se añade la creación de *tópicos*, como el de validez de la norma.
Actualmente, Capella «intenta llevar a cabo una reflexión política alternativa» que parta de la constatación de la posibilidad de que la acción del propio hombre destruya la Humanidad.

(Daniel González Lagier)

PUY, Francisco.

El tópico de los «derechos humanos».

Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, núm. 95, 1987, págs. 199-218.

Constituye el concepto de los derechos humanos uno de los conceptos con más largo tratamiento teórico en los últimos cuarenta años, mientras que el mismo tópico apenas ha merecido estudio retórico. Ante esta situación, el autor realiza tres reflexiones sumarias:
a) Todas las definiciones conceptuales llevan escondida la trampa tópica.
b) La existencia de la función tópica se suele reconocer como un hecho lamentable.
c) Empieza a verse ahora reconocido y valorado positivamente el tópico por su función retórica como arma dialéctica en favor de la causa androdikea.
Los dikeos actúan, cuando hay que interpretar los preceptos constitucionales o instrumentales que los positivizan, como simples tópicos que en cada caso se van eligiendo en función de los contenidos de ambas variables: el problema real a resolver, y el dikeo concreto de que se trate. Y esto que ya se reconoce, constituye un hecho positivo para la praxis, aunque complique la construcción teórica. Pero, a la larga, ésta también se ve enriquecida por los desarrollos retóricos.
Por tanto, parece ser lo más oportuno la colaboración entre ambas perspectivas metodológicas; o sea, entre el análisis conceptual, en sede teórica, y la praxis tópica, en sede retórica.
Por cuatro vías se muestran así, según el autor, las posibilidades de una cooperación más dulce y fructífera, entre la teoría y la tópica dikea, a saber:
a) La afinación del método propio de los dikeólogos.
b) La definición y clasificación de los dikeos.
c) La justificación (defensiva o agresiva) de los dikeos.
d) Y la lucha por la realización y efectividad de los dikeos.
De las consideraciones correspondientes a esos análisis, el autor concluye que la evanescencia del concepto teórico de los derechos humanos se puede deber al hecho de que es un tópico enormemente fluido y lubrificante, por el increíble juego de siete variables, que se pueden recoger numeradas en la siguiente hipótesis de definición conceptual (obtenida por método tópico, y no teórico, y por eso tan distinta de las que se alcanzan por la vía usual):
Los derechos humanos son el *discurso* (1) del *esclavo* (2) para ante el *señor* (3) con una *súplica* (4) de *conservación* (5) y una *amenaza* (6) de *suicidio* (7).
Las definiciones teóricas sólo suelen hacer sustituciones para cada uno de esos siete valores, creando la ilusión de que lo que se define tiene un valor universal e intemporal, que es sólo eso, una ilusión convictiva de valor retórico.

PUY, Francisco.

Guía da Filosofía do Dereito.

Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1987, 52 págs.

El libro comprende un prólogo, un programa de Derecho natural, otro de filosofía del Derecho y una guía de la jurisprudencia doctrinal gallega.
En el prólogo se explicitan los cambios realizados sobre la edición anterior, a saber: supresión de los apartados referentes a los cursos de doctorado, a los seminarios y a las reglas para las evaluaciones; y la modificación de los tres apartados que permanecen.
El programa de Derecho natural se concentra en la temática de los derechos humanos, de la que se ofrece una panorámica en elenco, siguiendo el orden de los derechos económicos, los culturales, los sociales, los civiles y los políticos. Contiene una bibliografía puesta al día.
El programa de filosofía del Derecho se especifica como una Tópica Jurídica, alrededor de cinco series de tópicos: lógicos, físicos, metafísicos, antropológicos y políticos. También contiene una bibliografía actualizada sobre tópica y retórica jurídica.
La parte más enriquecida es la correspondiente a la jurisprudencia gallega. Contiene cuatro epígrafes: introducción a la jurisprudencia gallega; cuestionario fundamental para la realización de los informes escritos sobre cada jurisprudente; instrucciones para la operación del cuestionario; y bibliografía actualizada sobre historia del pensamiento gallego en general y en particular sobre el social y jurídico.
Las instrucciones constituyen una detallada normativa metodológica perfectamente extensible a cualquier otra investigación de campo con dificultades de localización de manuscritos, ediciones raras y consiguientes problemas de ordenación de datos y depuración de errores, repeticiones, etc.

PUY, Francisco.

Las fórmulas del principio de igualdad.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 89-110.

Una análisis de las fórmulas del principio de igualdad que pueden encontrarse en la normación, en la jurisdicción y en la jurisprudencia, arroja un saldo de 124, suficientemente distintas entre sí, como para no poderse considerar iguales.
El autor considera más representativas las siete siguientes:

1.ª) El goce de los derechos humanos y de las libertades fundamentales ha de ser asegurado a todos sin distinción (instrumentos).

2.ª) Toda forma de discriminación en los derechos fundamentales de la persona debe ser vencida y eliminada (doctrina social católica).

3.ª) Los poderes públicos promoverán las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y removerán los obstáculos que lo

impidan o dificulten su plenitud (ley fundamental española).

4.ª) Se protegerá contra toda discriminación a aquellas personas que se encuentran en una situación análoga (tribunal europeo de derechos humanos).

5.ª) Se prohíben las diferencias de trato arbitrarias, no justificadas en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal criterio (tribunal constitucional español).

6.ª) A menos que exista una razón reconocida como suficiente por algún criterio identificable, un ser humano no debe ser preferido a otro (jurisprudencia extranjera).

7.ª) Trata igualmente a todos aquellos sobre los que no puedas establecer distinciones justificadas (jurisprudencia española).

El autor, por su parte, imagina otras tres fórmulas posibles, siguiendo tres modelos tradicionales, a saber:

8.ª) Obra de tal manera que tu trato tienda a nivelar a los inferiores por el ras de los superiores (patrón imperativo categórico).

9.ª) Trata a todos de la misma manera (modelo *tria praecepta iuris*).

10.ª) No discriminarás (modelo decálogo).

Finalmente, el autor afirma que el principio de igualdad, además de un concepto científico-jurídico, es un tópico filosófico-jurídico. Así que la noción de igualdad es, además de un concepto científico, un tópico especulativo. Pero el principio de igualdad, por ser un principio, o regla o norma, además de una proposición lógica, es un tópico práctico. Y como todos los tópicos prácticos consiste en una regla prejudicialmente aceptada, acríticamente admitida, que motiva, sin discusión u objeción previa, al que lo escucha a la ejecución de lo que se le manda en su nombre, y/o a la aceptación de lo que los otros hacen en su virtud, aunque una u otra cosa conlleve perjuicios o molestias para el sometido a su influencia. Y así es como, por la vigencia sociológica del principio de igualdad, se produce el milagro de que el prepotente ceda parte de su potencia al impotente, y éste deje de serlo. El trabajo termina con un análisis de las razones que explican la causa de tan insólito efecto.

PUY, Francisco.

Perspectivas actuales de la filosofía del Derecho.

Anuario del Centro Asociado de la UNED de Málaga, Málaga, núm. 1, 1987, págs. 193-202.

La filosofía del Derecho de ahora mismo, ¿cómo se entiende? Pues bien, todo el que pregunta a un iusfilósofo -*viva voce* o buceando sus escritos- busca la aclaración de un concepto jurídico, del que conoce un aspecto, pero ignora otros, cuando necesita una visión global. Global en el tiempo. Por tanto, también en su decurso histórico. Global en el espacio. Por tanto, también foránea a la propia cultura nacional. Y también, y sobre todo, global en el sistema. Y por ende, común a las diversas ramas teóricas de las ciencias jurídicas. De ahí que la filosofía del Derecho haya sido, sobre todo, en la modernidad, intento de realización de un sistema filosófico, o sea, teoría general.

Tal intento ha dado magníficos resultados y siempre los seguirá proporcionando. Pero desde Kelsen ha perdido su mayor interés. Su teoría pura del Derecho ha agotado, puede decirse, el método teórico sistemático en el puro logicismo o en la disputación intraescolar. Por eso no me interesa ya apenas y

prefiero hacer menos teoría del Derecho, haciendo en su lugar retórica o tópica jurídica. En esta opción supongo que hay algo de interno irracional y de influencia céltica ambiental. Pero hay también una convicción fruto de la propia experiencia didáctica y heurística.

La experiencia en cuestión es percatarme de que el que pregunta al filósofo del Derecho por un concepto, parece que sólo está preguntándole por un concepto, pero en realidad hace otra cosa. Pregunta por un tópico. Y no es lo mismo. Porque el jurista que acude al iusfilósofo lo que busca es argumentos para sacar adelante la interpretación que conviene a los intereses -propios o de su cliente-, cuya defensa le ocupa, del término cuya intelección parece indagar con angelical curiosidad. No hay tal. Los juristas no tienen nunca (como juristas) curiosidad teórica. Tienen urgencias prácticas. Les trae sin cuidado la teoría general del Derecho y en ella sólo buscan munición o armamento retórico. O sea, tópicos con los que convencer al juez, al jurado, al árbitro... al decisor en suma.

El jurista que acude al templo de la iusfilosofía a orar, no busca la teoría general del Derecho por sus conceptos brillantes e inútiles. (Salvo el caso del jurista que ora ante el patrono pagano virginalmente novato). El jurista que ora ante el patrono pagano Iuppiter Stator o ante el patrono cristiano Jacobus Magnus quiere tópicos, retórica jurídica, para sus discursos retóricos o para sus combates dialécticos...

Por ello, y en lo que al contenido de la iusfilosofía se refiere, lo que conviene hacer hoy día es retórica jurídica más que teoría general del Derecho. Porque los juristas no necesitan de los filósofos para que les suministren conceptos -para eso ya tienen a los científicos-; sino para que les alimenten con argumentos extraídos de la historia filológica, de la historia sociológica, de la historia natural y de la historia sagrada.

PUY, Francisco.

Santiago abogado en el «Calixtino» (1160).

Atti del Convegno Internazionale di Studi Pistoia e il Cammino di Santiago. Una dimensione europea nella Toscana medioevale. Pistoia, 28-29-30 settembre 1948. Edizione Scientifiche Italiane, Universitá di Perugia, 1987, págs. 57-92.

Un análisis de siete lugares en que Emerico Picouto, en su *Calixtino* de c.1160, invoca a Santiago como *advocatus*, y otras invocaciones paralelas, trata de contestar cinco cuestiones principales, a saber:
1. Santiago, abogado, ¿de quién?
2. Santiago, abogado, ¿contra quién?
3. Santiago, abogado, ¿en qué causa?
4. Santiago, abogado, ¿ante qué juez?
5. Santiago, abogado, ¿bajo qué forma?
La respuesta a esas cinco preguntas aclara algo, a su vez, lo que significa llamar «abogado» a Santiago en la Galicia del siglo XII. El autor sostiene, en resumen, las siguientes respuestas:
1. Los clientes de Santiago son los «gallegos», los «españoles» y los «occidentales», según los casos, y sólo ellos.
2. Santiago defiende a sus clientes frente a los demonios.
3. La causa de este abogado es siempre el juicio final individual de sus clientes, o el final general de sus pueblos.
4. El juez es la Trinidad en el juicio individual, y Cristo en el juicio final.
5. La normativa en fin está constituida por la ley cristiana, pero en una edición muy especial: la ley evangélica jacobea, que se expresa como luz de las costumbres de las Españas *(Yspanias lux morum*, dice el famoso himno *Ultreya)*.
El autor subraya al final del trabajo algunas conclusiones, entre las que destacan las siguientes:
1.ª) El *Calixtino* llama abogado a Santiago en un sentido jurídico riguroso y pleno (y no en un sentido metafórico o poético).
2.ª) El camino de Santiago lo han hecho siempre los gallegos, los españoles y los occidentales para tener asegurados los servicios de Santiago como abogado en el juicio final, contra el dominio, y así ganar la reivindicatoria del reino de los cielos.
3.ª) El uso de invocar a Santiago como abogado, que refleja el *Calixtino*, tenía ya un par de siglos de antigüedad, como lo acredita la invocación como ahogada a Santa María en la oración de la Salve, compuesta por el obispo compostelano Pedro de Mezonzo (San Pedro de Mezonzo, santo por aclamación popular, que no por proceso técnico), el día terrible 12 de agosto del 997, mientras Almazor incendiaba y destruía la ciudad de Santiago...

REINOSO BARBERO, Fernando.

Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Ed. Dykinson, Madrid, 1987, 379 págs.

La presente investigación pretende mostrar, desde un punto de vista histórico, el proceso de generalización y aplicación de los principios del Derecho Romano desde su origen, referidos al caso concreto, hasta su canonización como regla jurisprudencial. El autor estudia la formación de los principios generales del Derecho en el Derecho Romano (el método romano de elaboración jurisprudencia de las máximas, reglas y axiomas, su casuismo, el sentido de las *definitiones*, *distinctiones* y *divisiones*, la analogía, la universalidad, etc.), las *regulae iuris* en la tradición jurídica española del «Derecho intermedio» y la etapa de la codificación, para desembocar en la redacción actual del Título Preliminar del Código Civil de 1974.

En opinión del autor, la ya vieja polémica acerca de si los principios generales del Derecho proceden del Derecho natural, del Derecho Romano o del espíritu de la propia ley escrita, resulta ociosa. En ella «se ha venido incurriendo en un constante error, que surge al intentar contemplarse esta cuestión desde una perspectiva general supranacional, y no individualizándola, en cada Estado». Al hablar de los principios generales del Derecho «nos movemos en el ámbito del Derecho positivo, donde no caben generalizaciones que traspasen la vigencia de los ordenamientos jurídicos en donde aparecen». Estos principios, según el autor, no son algo abstracto, que sirve de hilo conductor en la interpretación del sistema jurídico pero carentes de sustantividad positiva propia. «El que hoy, al menos en España, posean sustantividad propia, es algo que resulta evidente», pues desempeñan diversas funciones de Derecho positivo. Lo que sí puede indagarse es la procedencia de los principios generales del Derecho *español*, para lo cual «hemos de acudir a la jurisprudencia, que es su vehículo de expresión», trasladándose así el problema «desde la órbita teórica a otra sustancialmente práctica, y en la medida que es práctica lo es también objetiva». El autor se entregará, pues, a un minucioso estudio de numerosísimas sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la promulgación del Código Civil, tras el que declara haber encontrado «una cantidad importante de principios que poseen una clara procedencia romana». «Este dato -afirma el autor- no hace más que evidenciar que el Derecho Romano es, y sigue siendo, Derecho positivo.»

En estas sentencias, por otra parte, «se observa que el principio actúa, en muchos casos, como norma imperativa, y no tan sólo como simple indicación o elemento interpretativo (...). De todas formas, hemos constatado que las reglas romanas se desenvuelven en su actuación positiva de varias y distintas maneras:

1. Mandatos u órdenes que se dan al juez para que los cumpla, como si de artículos del Código se tratase.
2. Principios que desarrollan su actividad en el campo de la interpretación y de la exégesis (entre los que cabe distinguir aquellos que pueden operar al aplicar cualquier precepto -porque de ellos parte todo el ordenamiento- y los que sólo sirven para interpretar casos concretos).
3. Principios a los que el Tribunal Supremo acude para justificar la creación de una doctrina en manifiesto contraste con la ley.
4. Por último, principios romanos «que poseen una gran carga de lógica deóntica y que permiten el permanente cotejo entre dos mundos, no siempre bien diferenciados: el ser jurídico y el deber ser jurídico».

El autor también se ocupa de las condiciones para la aplicación de los principios, distinguiendo los

requisitos exigidos por la ley (que el principio no contradiga a la ley; que sea susceptible de aplicación al caso; y que pueda considerarse como tal principio a la luz del Derecho Romano o de la tradición jurídica, o pueda ser deducido de la letra o del espíritu de la ley) y los que exige la jurisprudencia (un requisito de carácter material: que el principio haya sido reconocido en sentencias del Tribunal Supremo; y otro de carácter procesal: citar las sentencias que recogen tal principio).
El autor concibe el sentido de los principios generales del Derecho como «un freno de los fenómenos sociales reprensibles». «Los principios generales del Derecho conforman no sólo los cimientos, sino también la estructura tipo de un sistema jurídico dado, de manera que sus normas concretas obtendrán coherencia a la sombra de los principios sobre los que se construyen.»

(Juan Antonio Pérez Lledó)

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María.

Métodos para el conocimiento del Derecho.

Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1987, 96 págs.

Se trata de una reedición parcial del libro *Ley y Derecho*, Madrid (Tecnos), 1976. Como los capítulos que se han suprimido son todos referentes a «conceptos fundamentales», el propósito básico, que se expresaba en el subtítulo, *Interpretación e integración de la ley*, sigue siendo el mismo. En concreto, los capítulos que se mantienen son: «Las lagunas del ordenamiento jurídico estatal», «Interpretación y aplicación de la ley», «La analogía jurídica», «Los principios generales del Derecho», «Las normas sociales como medio de integración de la ley» y «Las estructuras óntico-lógicas y la realidad en general como elementos de integración de la ley».
En cada uno de ellos se expone lo que puede ser interesante para cualquier jurista, empezando por los alumnos de la licenciatura de Derecho, que son los que primordialmente se tiene en cuenta.
No se intenta, pues, llevar a cabo investigaciones personales, sino exponer doctrinas que se consideran ya aceptadas en un grado más o menos amplio. Es decir, no se trata de defender una determinada postura, ni tampoco de admitir en bloque determinadas teorías o escuelas, sino de recoger de las más conocidas lo que, a la vista de su aceptación y de los análisis más obvios, parece razonable.
Esta perspectiva es la que permite que se puedan considerar igualmente válidas estas páginas de un libro publicado once años antes.
Los autores más citados son: Bobbio, Engisch, Esser, Kelsen, Klug, Perelman, Welzel.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M.

Rudolf von Ihering.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 249-270.

El autor en el presente texto estudia el pensamiento de Ihering y, con este fin, se interesa por las siguientes obras:

1. *El espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*, en cuatro volúmenes, 1852, 1854, 1858 y 1865.
2. *La lucha por el Derecho*, 1872.
3. *El fin en el Derecho*, en dos volúmenes, 1877 y 1883.
4. *Jurisprudencia en broma y en serio*, 1884.

Ihering, partiendo del concepto de Derecho como producto histórico, estudia la evolución del Derecho Romano con el fin de encontrar la esencia del Derecho («separar lo pasajero y puramente romano, de lo permanente y general»). Fruto de esto es la comprensión del origen del Derecho por medio de la idea de fuerza física, del poder. Junto a la fuerza física encontramos el poder moral y el sentido de la utilidad, cuyo motor es el egoísmo, como elementos configuradores del Derecho. Es la transformación del egoísmo individual en egoísmo colectivo lo que permite la transformación del poder físico en poder moral y entender la formación del Derecho. Dicho esto, desarrolla la idea de la libertad en el sistema romano.

Prosigue considerando como dato previo la independencia formal que adquiere el Derecho con el cambio de su forma de manifestarse: de usos sociales (forma no específica del Derecho) a la ley (manifestación específica del Derecho), con el estudio de los conceptos y del sistema. Ihering trata de definir los conceptos por su estructura, con intención de poder interrelacionarlos y formar un sistema («el árbol genealógico de los conceptos»). Pretende con esto una simplificación cualitativa y cuantitativa del Derecho.

Tras la crítica que el propio Ihering hace posteriormente a esta construcción logicista del Derecho, orienta su obra hacia la teleología, es decir, el estudio del fin en el Derecho.

Esta orientación se pone de manifiesto en su definición de derechos subjetivos como «intereses jurídicamente protegidos».

Ihering considera que «el fin es el creador de todo el Derecho». Intenta explicar, por tanto, el origen del Derecho por el fin que persigue. Entiende por fin las necesidades que intenta satisfacer la inteligencia humana, y aquéllas que son creadas a medida que se satisfacen las necesidades anteriores. Así, de lo que se trata es de «una explicación histórico-racional de la evolución del mundo moral». En este sentido se estudia la sociedad, el Derecho y la moral.

(Juan Sala Puche)

ROJO SANZ, José María.

Apuntes sobre el imperativo categórico y los derechos humanos (a propósito de recientes interpretaciones de Kant).

Anuario de Filosofía del Derecho, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 697-709.

La influencia del filósofo de Königsberg en la filosofía del Derecho actual es indudable, constituyéndose en muchos casos incluso como una «ideología popular» y, en este estudio, la segunda formulación del imperativo categórico convierte el kantismo, como se ha afirmado entre nosotros, en una «incitación a ir más allá de él, al mismo tiempo que supone una conquista irrenunciable».
Este trabajo intenta desarrollar el valor de la dignidad humana y su necesaria consideración al referirnos a los derechos humanos como puntos centrales de la filosofía moral y jurídica de Kant, analizando los textos principales de la *Eileutung in der Metaphysik der Sitten* y de la *Metaphysik der Sitten*. Entre los autores citados destaca el estudio de Cattaneo, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*.
Por otra parte, la Ilustración política es de una extraordinaria importancia cara a la positivación de los derechos humanos y su entrelazamiento con las ideas de libertad, igualdad y fraternidad.
La dignidad humana se expresaría a través de la consideración libre del otro, lo cual exige a su vez la consideración del respeto a la gravedad y al cuidado, permitiendo reconocer al otro ontológicamente libre e igual a uno mismo y no como un mero objeto in commercium. En efecto, la moralidad es entendida por Kant como sinónimo de libertad, al considerar como persona a aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de imputación. La personalidad moral no es, pues, sino la libertad de un ser racional bajo leyes morales. Frente al «precio» de las cosas, aparece la «dignidad» del hombre y la segunda formulación del imperativo categórico sienta las bases para poder rechazar cualquier atentado contra la vida e integridad humana. Incluso la segunda formulación del imperativo categórico se salvaría de la acusación de formalismo al hacer referencia a contenidos de preceptos morales: el respeto de la dignidad del hombre con la idea de fin como elemento central de su contenido, al tomar al hombre como fin en sí mismo. Parecería como si Kant comprendiese que la mera forma de ley no es suficiente para determinar actos conforme a la moralidad. Las aspiraciones jurídicas del hombre se derivarían de la existencia del hombre corporal en la multiplicidad de sus implicaciones mundanales e incluso en la limitación de la situación histórica de la época.
El artículo termina con un estudio de la coacción externa, la pena de muerte y la pena en general y sus implicaciones en relación con los derechos humanos.

ROJO SANZ, José María.

Libertad personal y libertad política en el pensamiento de Julián Marías.

Quaderns de Filosofia i Ciència, núm. 12, 1987, págs. 77-86.

Este estudio consta de una introducción y un apartado titulado «Libertad personal y libertad política». En ellos se analiza el pensamiento de Julián Marías, en el contexto de toda su obra, respecto a las relaciones entre persona y Estado. Este es, para Marías, instrumento y función de la sociedad y debe «hacer posible la vida», sin decidir sobre su calidad y sentido último. En la constante amenaza hacia la disolución, reside la necesidad del Estado. Por ello, la misión auténtica del Estado residiría en ser el instrumento rector y ejecutor de la pretensión auténtica de la sociedad, teniendo que descansar aquél sobre la realidad social en sentido estricto, sobre las vigencias sociales: el repertorio de usos, creencias, ideas, estimaciones colectivas, proyectos compartidos, etc... que constituyen una sociedad. Sin embargo, la asunción por el Estado de funciones que corresponden normalmente al juego de «las fuerzas sociales», conduce al debilitamiento de estas fuerzas y a la decadencia de la sociedad, situación que tampoco favorecerla al Estado, pues conduce al debilitamiento de aquellas fuerzas y a la decadencia, convirtiéndose en una sociedad «no viable», producto de los diversos totalitarismos. Por otra parte, Marías, como es sabido, considera la vida humana como vida en libertad y ésta se da cuando se respeta la realidad, cuando no se la fuerza ni suplanta, cuando no se va más allá de lo que las cosas son. El ejercicio de la libertad vendría ayudado también por los materiales de la memoria, interpretados por la imaginación proyectivamente.

Por último, Marías explica cómo no basta con proclamar que el hombre es libre, sino que sólo es posible si existe una libertad política en sentido riguroso de democracia liberal, en el sentido que dicho autor confiere a estos términos. Hace falta, por ello, crear las «condiciones circunstanciales» de la libertad para que ésta sea efectivamente posible en una sociedad. La respuesta a una serie de preguntas que Marías se hace en su *España real*, serviría para dar una imagen bastante certera de qué libertad existe en una sociedad y de cómo se tratan los derechos humanos.

El artículo va acompañado de una exhaustiva nota crítica bibliográfica del autor con numerosas referencias para poder ampliar los conceptos clave acerca de este tema.

ROMERO MOERNO, José Manuel.

Derechos fundamentales y relaciones entre particulares.

GARCÍA TORRES, Jesús, y JIMÉNEZ BLANCO, Antonio.

Réplica a José Manuel Romero.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 675-682.

Estos artículos recogen una polémica entre sus autores acerca de la «Drittwirkung», es decir, de la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas. El origen de la polémica es la tesis sostenida por García Torres y Jiménez Blanco en su obra *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, tesis a la que Romero Moreno critica *a)* en lo relativo a las consideraciones que hace al respecto de la orientación del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, *b)* en relación con la doctrina de la imputación a los órganos jurisdiccionales de la violación de los derechos fundamentales por deficiente protección, y *c)* en relación con el presupuesto ideológico que comporta la *Drittwirkung*.

El primer desacuerdo, señala Romero Moreno, es ya el punto de partida de los autores de que la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad son conceptos opuestos a la *Drittwirkung* (para el primero «no puede haber real autonomía de la voluntad sin profundo respeto y protección de los derechos fundamentales en las relaciones particulares precisamente para evitar la insuperable primacía de la autonomía de la voluntad del más fuerte») y su «alineación» en la postura extrema de no admitir la *Drittwirkung*.

a) Por lo que respecta a la posición del Tribunal Constitucional, según Romero, los autores, que «se inclinan en principio por una posición muy abierta», acuden después a la jurisprudencia constitucional para «infiltrar la idea de que no todo derecho fundamental tiene *Drittwirkung*», cuando en su opinión «lo que en realidad hace la doctrina jurisprudencial alegada es matizar que existen aspectos o momentos de las declaraciones de derechos que no atribuyen derechos subjetivos a los ciudadanos. Pero esta característica juega no sólo en las relaciones entre particulares, sino también frente a los poderes públicos».

b) En relación con la doctrina de la imputación de la violación a los órganos jurisdiccionales se critica a los autores el que parecen no sólo estar disconformes con «la accionabilidad en amparo constitucional contra las violaciones de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares», sino también e incluso en vía ordinaria, motivados por una «pulsión secreta» «en un sentido muy claro: es peligroso que los derechos fundamentales sean moldes de la sociedad, puesto que su papel es el ser solamente límites del poder político y que en relaciones jurídicas entre particulares la incidencia de los derechos fundamentales debe ser «obra del legislador, no del juez».

c) Por último, cabe destacar de la crítica de Romero Moreno la afirmación de que la conclusión final de García Torres y Jiménez Blanco («no es posible amparo judicial ni constitucional de las violaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos producidos por otros ciudadanos en las relaciones jurídicas privadas; porque los derechos fundamentales sólo inciden en tales relaciones a través de la traducción normativa ordinaria del legislador») «no es el fruto de un irreprochable juicio

técnico-jurídico o de política procesal de mantenimiento de las relaciones jurídicas», sino más bien de los presupuestos ideológicos de los que se ha partido, por lo que «se puede y a mi entender se debe partir de una hipótesis diferente y seguir un proceso dialéctico igualmente irreprochable que contuviera los mismos elementos positivos que el analizado, pero llegando a una posición y conclusión diferente». Esa hipótesis diferente sería la de que «los derechos fundamentales inciden en todas las situaciones y relaciones jurídicas por ser inspiradores del sistema jurídico total».
En su réplica, García Torres y Jiménez Blanco insisten, como idea central, en que pretender utilizar los derechos fundamentales como «troquel de las relaciones sociales es olvidar sus fundamentos y sus funciones y, sobre todo, despreciar otros instrumentos de los que los poderes públicos pueden valerse y de hecho se valen para tender a "una distribución de la renta regional y personal más equitativa", como dice la propia Constitución».

(Daniel González Lagier)

ROSS, Alf.

Autobiografía intelectual. (Introducción y comentarios de Rafael Hernández Marín.)

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 273-277.

R. Hernández Marín nos presenta (con abundantes anotaciones explicativas y complementarias) el texto de una carta inédita fechada en 1976, en la que Ross, en respuesta a algunas cuestiones que Hernández Marín le había planteado, ofrece una visión muy resumida de la evolución de su propio pensamiento. Su primera obra relevante, *Theorie der Rechtsquellen* (1929), está claramente influenciada por el pensamiento jurídico de Kelsen, aunque Ross ya subraya las dificultades de Kelsen a la hora de explicar las relaciones entre la norma (idea) y la vida jurídica como hecho sociológico (realidad). Ante el rechazo de esta obra (en su versión original en danés) para la obtención del doctorado en Derecho por la Universidad de Copenhague, Ross se trasladó a Uppsala, donde Hägerström se convirtió en su segundo maestro, y obtuvo el doctorado en Filosofía con la traducción alemana de la obra anterior. Dedicado en estos años exclusivamente a la filosofía, Ross escribió, bajo la influencia de la teoría moral no cognoscitivista de Hägerström, *Krtitik der sogenannten praktischen Erkenntnis* (1933). En *Virkelighed of Gyldighed i Retslaeren* (1934) (traducción inglesa: *Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946), Ross retomó los temas de los que se había ocupado en su primer trabajo y en su anterior obra filosófica *(Kritik...)*, obteniendo el doctorado en Derecho por la Universidad de Copenhague. En dicha Universidad, ya como catedrático desde 1938, se dedicó durante los años siguientes a la docencia y a la investigación en Derecho Internacional y en Derecho Constitucional. Como profesor también de «General Jurisprudence», Ross escribió *On Law and Justice* (1953; versión inglesa: 1958), obra concebida como un manual para estudiantes, y también inspirada en las ideas de su *Kritik*... Su principal contribución al estudio del Derecho danés es su obra en dos volúmenes *Dansk Statsforfatningsret* (Derecho Constitucional Danés). Una vez retirado en 1969, Ross se ha ocupado principalmente de filosofía del Derecho penal, publicando, entre otras obras, *On Guilt, Responsibility and Punishment* (1975).

Después de escribir *On Law and Justice*, y sobre todo, a partir de *Directives and Norms*, Ross recibe la influencia filosófica del grupo de Oxford (especialmente de Hare) y abandona la teoría emotivista de Hägerström. Sin embargo -según explica Hernández Marín en una de sus anotaciones-, aunque en conjunto *Directives and Norms* está inspirada en el prescriptivismo de Hare, conserva, a pesar de todo, residuos de la antigua teoría emotivista. Ello concuerda con la opinión del propio Ross cuando declara, a modo de conclusión: «Yo nunca he experimentado «conversión» alguna, sino que he sentido las diferentes fases de mi pensamiento como sucesivos pasos de una evolución continua.»

(Juan Antonio Pérez Lledó)

RUBIO CARRACEDO, José.

Democracia y legitimación del poder en Rousseau.

Revista de estudios políticos, Madrid, núm. 58, 1987, págs. 215-242.

El autor comienza el artículo situándonos en el contexto neocontractualista en el que se va a analizar el planteamiento legitimista por excelencia de Rousseau.
La primera parte («La construcción del Estado. De la ley natural a la razón normativa») constituye un análisis del constructivismo de Rousseau a través de la distinción de tres conductos normativos: «el hombre natural», «el hombre civilizado», y «el contrato social». El paso del primer modelo a alguno de los otros dos es obligado debido a su insuficiencia. El segundo modelo representa al contrato social abusivo frente al tercero, que es el modelo positivo, en el que se establecen «los principios del Derecho político». Planteado el contrato social como génesis normativa, ha de formularse procedimentalmente en estos términos: «Hay que encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la que cada uno, al unirse a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes.»
En la segunda parte («Rousseau y la legitimación del poder»), el enfoque legitimista se expresa a través de dos ejes mayores: la dialéctica soberanía-gobierno y la crítica de la representación política. El objetivo en ambos es el mismo: «velar por la soberanía política de los ciudadanos y prevenir los abusos de poder». Respecto al carácter autoritario o romántico del modelo político de Rousseau, el autor sostiene que la clave reside en la interpretación del concepto de «voluntad general» como voluntad racional que excluye tanto el cognitivismo extremo como el voluntarismo estricto.
En la tercera parte («La interpretación kantiana de Rousseau») se exponen los principales aspectos de la relación Rousseau-Kant, así como las discrepancias, poniendo de manifiesto cómo «el ginebrino despertó a Kant a los nuevos problemas y enfoques, mientras que el regiomontano supo darles una respuesta original que, entre otros efectos, universalizó a través del idealismo alemán algunos aspectos básicos de su pensamiento moral y político».
En la cuarta y última parte («La crisis de la democracia representativa. Rousseau y la demanda de una democracia avanzada») se exponen distintas perspectivas actuales de crítica al sistema demoliberal, concluyendo que el problema no radica en el sistema democrático, sino en su insuficiente o desviada institucionalización. Asimismo, el sistema de partidos políticos resulta indispensable, pero urge su reforma y sobre todo institucionalizar políticamente otras asociaciones y facilitar realmente la

información y la opinión pública.

(Ángeles Ródenas Calatayud)

RUIZ MIGUEL, Alfonso.

Sobre la conexión entre ética y metaética. (A propósito de la Teoría de la Justicia de Norberto Bobbio.)

Revista de Ciencias Sociales, Valparaíso, núm. 30, 1987, págs. 97-118.

Este artículo pretende desarrollar algunos problemas sólo esbozados o anunciados en el libro del autor, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, esp. cap. IV, § 22.

De las dos partes en que puede diferenciarse la teoría de la justicia, la metodológica y la ético-normativa, Bobbio se ha ejercitado en una y otra. Ello, por un lado, aunque no haya construido una *teoría* acabada y sistemática, al estilo de la de Rawls, sino una aportación al modo de Kelsen, Ross o Hart; y, por otro lado, aunque tal aportación presuponga un concepto amplio de *justicia*, en conexión con la política, que es por lo demás el sentido en que hacen teoría de la justicia Rawls o Dworkin: por ello, en cuanto aportación ético-normativa, la teoría de la justicia de Bobbio ha de buscarse en su filosofía política.

La metateoría de la justicia bobbiana procede de una tajante dicotomización entre los juicios de hecho y los juicios de valor y una remisión de los juicios de valor últimos a emociones. Este no cognoscitivismo emotivista no ha conducido a Bobbio al decisionismo, al irracionalismo ético, sino que se ha apartado del emotivismo radical de un Pareto o un Ross, aceptando tanto la introducción de la razón deductiva para la derivación de juicios de valor secundarios (Hare) como el valor de la argumentación retórica (Perelman). No obstante, éstas son limitaciones a un emotivismo ético básico que en el campo jurídico se ha manifestado en una crítica decidida a toda forma de iusnaturalismo.

La teoría normativa de la justicia de Bobio se enuclea sin variación a lo largo de su obra en torno a la defensa de la democracia liberal, en el marco de una concepción socialista liberal, opuesta tanto al totalitarismo fascista como al comunista. La defensa de la democracia liberal como método frente a la teoría política marxista se basa en la dicotomía democracia-dictadura, entre las que no existe camino intermedio o tercera vía. En las relaciones internacionales, por su parte, Bobbio ha destacado el cambio cualitativo de las armas nucleares, sugiriendo la necesidad de una autoridad internacional.

La metateoría no cognoscitivista y una teoría normativa de la justicia como la de Bobbio parecen no casar. Con independencia del plano pragmático, hay una incoherencia lógica, pues no se puede ser a la vez escéptico en ética y creyente en la superioridad del valor de la tolerancia y la libertad. Podría pensarse que la posición de Bobbio (como la de Kelsen o Russell) no es por completo escéptica, moviéndose entre el racionalismo y el arracionalismo, sino sólo relativamente escéptica. Pero eso no resuelve, ni intenta hacerlo, la tensión constante entre su metaética y su ética, como la han pretendido resolver muchos autores de la analítica anglosajona desde finales de los cincuenta mediante un relativo acercamiento, a modo de analogía, entre ciencia y ética, bien destacando los presupuestos dogmáticos y convencionales de la primera, bien atribuyendo un especial papel a la razón en la segunda. Este es un camino prometedor para superar el contraste entre ética y metaética: frente a algunas sólidas razones del escepticismo no cognoscitivista, que es una hipótesis, se puede alentar también la hipótesis de que el acuerdo ético es siempre posible mediante el razonamiento y el diálogo. Al menos, ésa es la hipótesis que parece más coherente para quien, como Bobbio, habla éticamente y desea un mundo más

verdaderamente humano.

RUBIO CASTRO, Ana.

Teoría del Derecho y Derecho subjetivo en Alf Ross.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 279-302.

El presente estudio de la teoría jurídica de Ross parte de sus *presupuestos filosóficos*: el realismo de Hägerström, cercano al neopositivismo lógico. Respecto del problema de la posibilidad del conocimiento, «Hägerström se propone demostrar el error del subjetivismo epistemológico, el carácter lógico de la realidad sensible y la imposibilidad de la metafísica (...). Su tesis central es la independencia entre el acto de conocer y el objeto conocido». Para Hägerström, lo real es objetivo, determinado y lógico (el principio de no contradicción es una ley no sólo del pensamiento, sino también de la realidad). Afirmar de algo que es real significa afirmar que pertenece al contexto de la experiencia espacio-temporal, cuya realidad, a su vez, es un presupuesto que no admite prueba. De aquí interesan dos conclusiones: *a)* no tiene sentido lógico hablar de una realidad espiritual, ya que no puede ser conocida; *b)* los valores no son propiedades reales de los objetos, sino expresión de simples sentimientos. Desde esta reducción empirista, el realismo escandinavo pretende aportar una visión renovada de la realidad jurídica, frente a iusnaturalistas y positivistas: las normas jurídicas no tienen más existencia que la de operar, en un grupo social, como pautas de conducta generalmente admitidas como obligatorias (su realidad viene determinada por su efectividad).
A continuación, la autora expone las *bases de la teoría jurídica de Ross*, situándola en el contexto de las distintas etapas del realismo escandinavo. Ross pretende llevar hasta sus últimas consecuencias, en el ámbito jurídico, las tesis empiristas, tanto desde el punto de vista metodológico (sometiendo el conocimiento del Derecho a los patrones de observación y verificación de la ciencia empírica) como analítico (interpretando los conceptos jurídicos como modos de comprender el comportamiento del hombre en la sociedad). La autora resume aquí el concepto rossiano de Derecho válido (determinado por la conjunción de un elemento externo, su aplicación efectiva por los jueces, y otro interno o psicológico, que la norma sea sentida por el juez como socialmente obligatoria) y de ciencia jurídica (ciencia empírica constituida por aserciones que predicen que ciertas directivas son Derecho válido). Por lo que se refiere específicamente al *derecho subjetivo*, Ross lo concibe como «la realidad objetiva del Derecho, considerado de acuerdo a su alcance en cuanto a las posibilidades de conducta individual». Frente al dualismo del pensamiento jurídico anterior (el Derecho pertenece a la vez al mundo de los hechos empíricos y al metaempírico de las ideas externas de validez), Ross muestra el paralelismo entre el concepto de Derecho y el derecho subjetivo. El dualismo ha de ser disuelto mediante un análisis realista, reinterpretando el concepto de validez no como noción abstracta, sino como «vivencias de validez», racionalizaciones de ciertas experiencias emocionales pertenecientes al mundo de los hechos. Depurados de residuos metafísicos, los conceptos jurídicos fundamentales pueden recuperarse para la teoría y la práctica jurídicas. Así, en *Tû-Tû*, Ross asigna al derecho subjetivo una útil función sistemática de presentación de situaciones jurídicas complejas, aunque por sí mismo no represente ninguna realidad. Y en *Sobre el Derecho y la justicia* explicita las situaciones

en que puede emplearse correctamente esta herramienta. Desde esta perspectiva, Ross rechaza la discusión tradicional entre la teoría del interés (Ihering) y la de la voluntad (Windscheid), así como la forma en que se ha trazado la distinción entre derechos *in rem* y derechos *in personam*.
El artículo concluye con algunas *reflexiones críticas*. La autora alude aquí, entre otras, a las críticas de Hart (imposibilidad de distinguir conductas regulares en el orden social de conductas reguladas por reglas; la distinción entre aspecto interno y externo no se cifra en la diferencia conducta/sentimiento, sino que alude a dos perspectivas para conocer el Derecho), pero sobre todo destaca que Ross debía haber profundizado en la función ideológica del derecho subjetivo, conectando las formas jurídicas con la realidad socio-política. «Los límites más importantes de la teoría jurídica de Ross proceden de su punto de partida, su empirismo, un empirismo corto de miras, hoy suficientemente superado, para quien la sociedad son individuos y relaciones individuales, la historia mera sucesión del tiempo y las luchas por el poder no adoptan ninguna forma determinada.»

(Juan Antonio Pérez Lledó)

RUS RUFINO, Salvador.

El problema de la fundamentación del Derecho. La aportación de la sofística griega a la polémica entre naturaleza y ley.

Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1987, 236 págs.

El presente libro está dedicado a la dualidad entre *physis* y *nómos* en la sofística griega, dualidad que, según el autor, se agrava con sus teorías filosófico-jurídicas y políticas.
«En la primera sección *("physis")* -escribe el autor en el prólogo- se propone una hipótesis sobre el significado de la *physis* en los primeros filósofos griegos. Dado que esta noción es inseparable de la aparición de la filosofía, se ha justificado la hipótesis a partir de la determinación del filosofar por contraste con otras modalidades sapienciales. El enfoque se ha mostrado útil en orden a la mejor caracterización de la sofística. Por otra parte, he intentado precisar la denominada crisis de la filosofía presocrática. La *physis* que puede considerarse el descubrimiento inaugural de la Filosofía Griega, después de Parménides se convierte en una noción problemática. Esta problematicidad consiste en el paso desde su captación a nivel abstracto a su formulación proposicional. Gorgias -como he demostrado en un artículo publicado- es un testimonio privilegiado de este problema. El punto de partida para la precisión del significado de la *physis* lo he encontrado en la propuesta epistemológica del Prof. Leonardo Polo, según la cual las operaciones mentales son plurales. En esta pluralidad el primer lugar corresponde a la abstracción, que es seguida de la conceptuación y finalmente del juicio de la abstracción. El paso da otro tipo de operaciones es la clave de las vacilaciones de la Filosofía Griega, así como de pasajes centrales del despliegue de la filosofía de Platón y de la reposición de las cuestiones en Aristóteles.»
«En la segunda sección *("nómos")* -continúa explicando el autor- estudio un tema proteico y a la vez vinculado de forma constante a la experiencia jurídica, moral y política de Grecia: el *nómos*. Expongo las variantes del asunto en tres grupos de sofistas. Como prueba de la opinión sobre la necesidad de contextualización de la sofística en el ámbito griego de su tiempo, se aducen textos literarios y algunos

pasajes de Tucídides.»

En el último capítulo *(«La filosofía política de Platón y de Aristóteles»)*, el autor intenta responder a la siguiente pregunta: «¿Hasta qué punto determina la sofística la filosofía jurídica y política de Platón y de Aristóteles?». «El planteamiento sofístico de la razón práctica -señala el autor entre sus conclusiones- plantea a los grandes socráticos varias dificultades que se esforzaron en resolver»; entre ellas el autor destaca dos: «lograr que el gobernante no gobierne en provecho propio» (dificultad planteada por Trasímaco) y «averiguar las peculiaridades del lenguaje práctico de manera tal que la incomunicación del mundo humano con la razón teórica pueda ser superada» (cuestión que arranca de Gorgias). «Se trata, en suma, de lograr una auténtica filosofía práctica.» La primera aporía conduce a Platón al estudio de la naturaleza del gobernante, para perfilar un tipo humano del que quepa excluir por principio el abuso del poder. «Tal tipo de hombre es el filósofo, pues la contemplación de las Ideas libera de las apetencias cuya satisfacción se logra mediante la explotación de los gobernados.» En cuanto a la segunda cuestión, el autor señala que en Platón «la práctica ha de fundarse en la ontología, pues de otra manera el proyecto socrático de encontrar la verdad no puede llevarse a cabo.» Aristóteles, por su parte, responde a la primera aporía con el régimen mixto, la politeia: si todos participan en el poder, se logra al menos un equilibrio que impide la unilateralidad del gobierno que hace posible su abuso. Y por lo que se refiere a la otra dificultad, «Aristóteles establece el significado filosófico del lenguaje práctico a partir de la distinción entre el poder despótico y el político. Esta distinción permite entender que la ejecución de las instrucciones contenidas en una orden revierte sobre ella corrigiéndola. La razón práctica política es la razón correcta». Aristóteles entiende la prudencia como la virtud correctora que salva la incomunicación entre el *lógos* teórico y el *lógos* práctico; y «la clasificación de los regímenes políticos se puede entender de acuerdo con su adecuación o no con la razón práctica así formulada, y a la vez, con un criterio ético. Salvo el régimen mixto, las demás formas de gobierno son incapaces de las correcciones oportunas y, por tanto, son inestables.»

(Juan Antonio Pérez Lledó)

SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto.

La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad.

Ed. Ariel, Barcelona, 1987, 200 págs.

En las doctrinas jurídico-constitucionales sobre el Estado de Derecho, la libertad de expresión aparece como uno de los soportes fundamentales del ejercicio del poder. Según la lógica de tales doctrinas, la realización de esa libertad a través de los medios de comunicación de masas contribuye a formar una opinión pública plural e informada, una instancia a partir de la cual el gobierno y las instituciones obtienen un reconocimiento crítico, es decir, logran la legitimidad necesaria para el ejercicio de sus funciones. En la información sobre el entorno y el debate entre los ciudadanos, que sólo unos medios libres hacen posible, se ha querido ver tradicionalmente la mejor garantía que permite al poder exigir acatamiento a sus decisiones.
El libro analiza en toda su complejidad los desarrollos más importantes que desde el liberalismo ha experimentado la doctrina sobre la libertad de los medios, comparando sus postulados normativos con la realidad social de su funcionamiento. Con un planteamiento metodológico inspirado en el modelo de la crítica de la ideología, se ponen al descubierto las contradicciones que se dan entre lo pretendido por la doctrina y lo efectivamente conseguido en cuanto a información y comunicación social.
La conclusión es que, en el estadio actual de desarrollo de los medios y de la sociedad, y en virtud de la lógica que gobierna su funcionamiento, aquéllos tienden a ser más divertidos y espectaculares que informativos y críticos, más seductores que ilustradores de la conciencia de los ciudadanos. Con independencia relativa de su regulación jurídica (pública o privada, liberal o intervencionista), los medios no contribuyen a la formación de una opinión pública ilustrada y reflexiva, en contra de lo que las teorías liberal-democráticas sostienen para justificar la libertad y el pluralismo en su organización, sino que contribuyen más bien a la gratificación psico-lógica de las audiencias y al mantenimiento de la capacidad de sugestión de los mensajes, único elemento capaz en nuestros días de asegurar su recepción. De esta forma, los medios traicionan la función legitimadora a la que están objetivamente llamados y que reiteradamente se invoca para defender su constitución jurídica liberal. Finalmente, si la democracia requiere una información lo más completa y significativa posible para los que participan en ella, se hacen necesarias para aumentar su autenticidad otras instancias y prácticas que contrarresten la acción objetivamente manipuladora de los medios. No obstante, y por lo que respecta a estos últimos, es inexcusable para la supervivencia de una democracia legitimadora potenciar unos medios de comunicación que, sin plegarse a las influencias del poder, estén tan libres como sea posible de las determinaciones del mercado.

SALCEDO MEGALES, Damián.

La fundamentación normativa de un principio igualitarista.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 193-215.

Este trabajo está estructurado en tres partes: la primera constituye una «presentación y defensa del principio igualitarista desarrollado en el último decenio y conocido con el nombre "leximín"»; la segunda recoge las críticas formuladas por Rawls en contra de la concepción de la justicia que encarna este principio; y la tercera es una reformulación del principio «leximín» elaborada de manera que evite los inconvenientes denunciados por Rawls.

El principio «leximín» ofrece «una ponderación especial a los individuos o sectores de la sociedad peor situados a la hora de evaluar estados, acciones o políticas sociales alternativas. Se trata de un principio consecuencialista y "welfarista" como los principios utilitaristas; pero a diferencia de ellos, no es aditivista, en ello radica su ventaja». Este principio ha sido objeto de la crítica de Rawls. El autor se adhiere a la critica rawlsiana de una manera matizada, aceptando que la concepción moral de la persona no es respetada por el principio «leximín». «Más bien éste trata a los individuos como si no poseyeran lo que tienen de más característico, a saber, un valor de diferencia expresado en una concepción personal del bien inconmensurable.» Para el autor, sin embargo, es posible acomodar la concepción moral de la persona tal y como la presenta Rawls con la regla «leximín». Por ello defiende una concepción del bienestar personal que identifica éste no con la posesión de bienes ni con la utilidad que la posesión produce, sino con la capacidad de aprovecharse de los mismos. «Dicha concepción de bienestar nos permite reconciliar las exigencias de la concepción moral de la persona con las exigencias de la estructura de las comparaciones interpersonales. De este modo, la versión del principio «leximín» que defendemos sigue siendo consecuencialista. Otros valores distintos a la simple maximización de la utilidad personal pueden intervenir en la apreciación de los estados sociales a través del concepto de libertad para elegir qué cosas hacer con los bienes y propiedades.»

(Francisco López Ruiz)

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel.

El Derecho en la aventura europea de la libertad.

Ed. Reus, Madrid, 1987, 264 págs.

«La experiencia contemporánea del Derecho -escribe el autor- desemboca en una diversidad de modalidades institucionales en que, aparentemente, se difumina una visión capaz de atender coherentemente todas las realidades jurídicas en presencia. El orden normativo descuella como dimensión instrumentalista en las teorías institucionalistas, realistas y positivistas.»

En este horizonte de problemas, el autor pretende con este ensayo «recuperar la perspectiva de los orígenes de las estructuras sociales y normativas que pueden haberse desplegado, dentro de una evolución homogénea, en un espacio culturalmente determinado para un concreto ordenamiento histórico. Tal investigación ayudaría a la comprensión del sistema normativo denominado "Derecho", asumiendo los caracteres que históricamente ha ofrecido en la confrontación dialógica entre el conjunto de normas y el espacio en que las mismas actúan, dentro de un escenario cultural denominado "Europa", en cuya historia el despliegue del orden jurídico constituye uno de sus perfiles más definidos».

El presente estudio se dirige, pues, a «la mostración de las conexiones básicas entre sociedad y orden

normativo, y de la productividad que desde ambos polos dialógicos externos alcanza la coexistencia humana merced a la acción que los mismos acondicionan para la presencia del protagonismo de la cultura, entendida como empresa histórica de la libertad».

La obra se estructura en cuatro partes: En la primera, el autor analiza el «*desarrollo de la raíz occidental de la libertad*»: la conexión entre libertad y orden jurídico, las raíces culturales de la noción europea de libertad, los límites de la libertad en los mitos europeos, el sentido y los objetivos de la libertad en la cultura europea, la libertad en el desarrollo de la ciencia europea, la libertad en el marco socio-político de la convivencia europea, la filosofía y la teología de la existencia social en la tradición europea, las características de la persona como sujeto de la libertad y, finalmente, la «apertura de la ley natural hacia el protagonismo de la libertad humana». De todo ello, el autor extrae «una confirmación: el interés que representa examinar el orden jurídico, sus instituciones, sus normas y sus sanciones, en la perspectiva de su instrumentación al servicio de la libertad humana». Según el autor, ello podría manifestarse, como objeto de investigación, en tres planos, que serán desarrollados en cada una de las restantes tres partes de esta obra:

Primeramente (Parte III: «*Elementos integrantes del orden jurídico en la tradición Europea*»), el autor estudia «el concepto más usual y aceptado de *orden jurídico*, o sea, cuáles son los elementos reales que componen esa compleja realización sociopolítica que denominamos *Derecho*».

En segundo lugar (Parte III: «*Definición del Derecho*»), expone «los principios estructuradores del orden jurídico que pudieran coincidir con los grandes criterios normativos que el conjunto del orden jurídico trata de establecer institucionalmente en el seno de la organización común de la convivencia social, interpretados también en su conexión con las condiciones necesarias para la libertad humana».

Y en tercer lugar (Parte IV: «*Instituciones básicas del orden jurídico*»), el autor centra su atención «en las más importantes instituciones jurídicas, tanto en sus estadios históricos como en su significación y formas actuales, para verificar si dentro de sus planteamientos obtiene la libertad humana el lugar, la ocasión y las oportunidades que le resulten adecuadas conforme a lo examinado anteriormente. Para ello aparece en primer lugar la más directa estructura institucional de la libertad, que es la figura de los derechos subjetivos. A continuación aquellas otras instituciones que dependen directamente de los sujetos, desde las más íntimamente conectadas con ellos, hasta las más alejadas».

Así, el autor examina dichas instituciones por este orden: *derecho subjetivo de la persona* (su concepto y su significación cultural, y su caracterización como «forma de la libertad social objetiva»); *derecho del contrato* (como «forma de aventura y de riesgo de la creatividad social»); *derecho de la propiedad* (su sentido y función «como institución de la libertad»); *derecho de la organización política* (el Estado y las relaciones entre poder y libertad); y, por último, *los derechos humanos* (como «directrices personalizadas de la libertad»).

(Juan Antonio Pérez Lledó)

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel.

Sociología del Derecho.

Ed. Tecnos, Madrid, 2.ª edición, 1987 (1.ª edición, 1985), 249 págs.

Tratándose de un estudio de sociología jurídica, el autor parte de la consideración del Derecho como

componente estructural y funcional de la sociedad. Según el autor, la sociedad ha de entenderse como un tipo característico de la realidad, no identificada con la suma de sus individuos, y se la puede captar como el conjunto de todos los sistemas de comunicación en un determinado ámbito de convivencia. Dentro de tal conjunto, el Derecho es aquel sistema de comunicación que transmite mensajes referidos a conductas tipológicamente caracterizadas como licitas o ilícitas, con la previsión de una coactividad organizada para promover aquéllas y disuadir de éstas.

El libro se ocupa de los siguientes temas:

En el capítulo I («*Hacia una Sociología jurídica científica*») trata del *status* epistemológico de una sociología del Derecho como auténtica ciencia, «en el sentido de abarcar complexivamente el conjunto de la fenomenología jurídica de la sociedad», y no simplemente una sociología «sobre materias jurídicas», sectorial, dedicada solamente al problema de la eficacia de las normas para auxiliar a juristas prácticos, legisladores y políticos. El autor se ocupa aquí de la delimitación y conexiones de la sociología del Derecho con la filosofía del Derecho y con la teoría general del Derecho, considerando a esta última -y no a la filosofía ni a la dogmática jurídicas- «la posición científico-jurídica exactamente complementaria con la sociología jurídica».

En el capítulo II («*El ámbito jurídico*») desarrolla su concepción antes aludida de la sociedad como conjunto de sistemas de comunicación, centrándose en los rasgos de la comunicación intersubjetiva y en «la ciudad» como modo de organización política que dio origen a la mayor parte de los actuales caracteres del orden jurídico».

En el capítulo III («*La fuerza del Derecho*») estudia las funciones del Derecho y la noción del Derecho como sistema de control social, analizando la dimensión sociológica de los conceptos de coacción y sanción.

En el capítulo IV («*Cultura social y valores jurídicos*») se ocupa de la legitimación del orden jurídico. El autor no relativiza la norma en su sociología del Derecho, pues la considera indisociable de un *Topos*, de un *vinculum societatis humanae*, que puede ser la naturaleza entendida como «principio normativo», lo cual no significa que no haya lugar para las «referencias culturales del Derecho». Estas referencias, en Occidente, se remontan a la tradición bíblica y grecorromana, y se centran en la noción de dignidad humana; aquí aparece un «componente espiritual», racional, que es la libertad y no la igualdad, pues esta última es concebida por el autor como un simple «*standard* hipotético».

En el capítulo V («*La estructura de la norma jurídica*») el autor señala que la norma jurídica, como vehículo de la comunicación jurídica, ha de tener una estructura comunicante capaz de contener simultáneamente dos mensajes: cómo debe ser realizada la conducta jurídica (deber jurídico) y qué consecuencias se derivarían del hecho de haber cumplido o no el deber jurídico (sanción jurídica). En la norma la sociedad elabora conscientemente y expresa la validez de las conductas jurídicas.

En el capítulo VI («*La estructura de la relación jurídica*») el autor concibe la relación jurídica como el ámbito social afectado por la existencia de una norma jurídica. La estructura de dicha relación ha de identificar a los sujetos cuyos intereses resultan afectados por la regulación jurídica, atendiendo a su adscripción, aseguramiento o transmisión.

Por último, en el capítulo VII («*Sociología de las transformaciones jurídicas en la sociedad europea*») analiza los rasgos de la sociedad de masas en la Europa actual: la democracia socio-política, la comunicación informática y los órdenes jurídicos supraestatales.

En suma, el autor quiere desarrollar en este libro una propuesta teórica convergente con los conceptos generales elaborados, en la vertiente del conocimiento de los juristas dogmáticos, por la teoría general

del Derecho, sometiendo a ésta a una consideración «realista» desde varias perspectivas: empírica, antropológica, lingüística, etc., unificadas desde una visión del Derecho como «forma de la libertad en la existencia colectiva».

(Juan Antonio Pérez Lledó)

SAUQUILLO, Julián.

Poder político y sociedad normalizada en Michel Foucault.

Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 56, abril-junio 1987, págs. 181-203.

En el actual debate en torno a la modernidad y su crisis, Michel Foucault muestra su incomodidad al ser catalogado dentro del «antimodernismo de los jóvenes conservadores», según la tipología habermasiana de los enemigos del proyecto ilustrado (antimodernismo, premodernismo y postmodernismo). Para el autor, el sentido del diagnóstico de la razón que posee la «analítica del poder» de Foucault (analizar la razón en la especificidad de sus continuas transformaciones, en vez de verla como un proceso a sustituir o superar) «no pretende ni una revocación total de racionalismo, ni una crítica del *Aufklärung*», sino superar «tanto la inimputabilidad de la razón como la exaltación de la irracionalidad». Foucault se reconoce heredero de la Ilustración, pero dentro de una corriente crítica, surgida en el siglo XIX, frente a los excesos de la razón ilustrada. Su tarea crítica, no obstante, presenta rasgos diferenciadores respecto de la escuela de Francfort: «no se trata de analizar la racionalidad política moderna, sino de estudiar el proceso de racionalización en diversos dominios de la experiencia -locura, enfermedad, crimen, sexualidad- desde momentos previos a la Ilustración». En esta «genealogía del poder», Foucault parte de la existencia de «un conjunto complejo de fuerzas que produce la realidad». Esas «relaciones y prácticas sociales que atraviesan el tejido social» en cada período histórico configuran diversas formas de racionalidad, «entre las cuales Foucault no establece ninguna perspectiva o vector de "progreso"». Así, la racionalidad de la moderna sociedad occidental «no está configurada por evidentes opiniones, principios teóricos o técnicas científicas en progresivo desarrollo, sino por relaciones de poder materializadas en prácticas institucionales, administrativas, psiquiátricas, judiciales, médicas o penales...». La filosofía ya no es reflexión sobre la totalidad, sino actividad fragmentaria, que Nietzsche entendió como «diagnóstico del subsuelo de nuestro presente»: ¿qué somos hoy?, ¿qué es el presente? Para Foucault ésta es la pregunta básica de la reflexión política e histórica desde el siglo XIX. Y, según el autor, esta misma búsqueda del «estatuto histórico-político de nuestra constitución como sujetos» es también el motor de los análisis arqueológicos y genealógicos de Foucault, cuyo «deseo final» es «ofrecer una historia de los procedimientos de subjetivación del individuo en nuestra cultura». En sus» primeros trabajos, Foucault expone diversas formas de subjetivación del individuo en relación con determinados saberes: como sujeto hablante, a través de la gramática y la filología; como sujeto productivo, a través de la economía; y como ser vivo, a través de la historia natural, la biología y la medicina. En *Surveiller et punir*, analiza críticamente «la producción política de la experiencia, como doble movimiento que integra al sano, al cuerdo y al obediente ciudadano, y extraña al enfermo, al loco y al criminal». A ello añade, en *La volonté de savoir*, la objetivación del individuo como sujeto sexual. Sus últimos escritos,

en cambio, son «un intento de proteger su propio pensamiento de la vacuidad a la que nos relegan las relaciones de poder», proponiendo una ética concebida como estética, que «problematiza» la subjetividad y «abre la vida al arte».
Foucault invierte el análisis tradicional de la teoría política, tanto liberal como marxista, que coincidían en «una especie de gigantismo estatal», ya fuese como «monopolio público de la fuerza» o como «garantía institucional del intercambio económico desigual». El análisis genealógico, en cambio, indaga en «efectos mucho más diseminados del poder sobre el cuerpo social», en las técnicas de gobierno para «la organización racional de las necesidades de la "población"». Este poder individualizante actúa sobre «el entorno social básico del individuo, el núcleo constitutivo de sus necesidades, afectos e impresiones primarias, y no el de sus derechos». «Al localizar el soporte de la normalización del cuerpo social en la sociedad moderna, Foucault opta por subrayar el papel de los poderes médicos y técnico-sociales, en detrimento del prioritario papel normativo que se acostumbra conceder a la legislación». Foucault sugiere desligarse de algunos postulados de la teoría política (los de propiedad, localización, subordinación, modo de acción y legalidad), y propone «un modelo relacional de comprensión del poder, materializado en un campo de fuerzas sin finalidad identificable y donde sólo es posible un infinito combate».

(Juan Antonio Pérez Lledó)

SCHMILL O., Ulises.

El debate sobre Mitilene. Una interpretación.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 203-245.

«Este trabajo -señala el autor- tiene por objeto exponer, en primer lugar, de la manera más fiel posible, los temas abordados en el famoso debate ateniense sobre el destino de los mitilenios, relativos a la justificación de las penas. En dicho debate pueden verse, *in statu nascendi*, muchas de las concepciones que los tiempos subsecuentes han utilizado para justificar las sanciones que el hombre impone al hombre. En el fondo se trata del análisis de lo que el hombre ha pensado para legitimar el uso de la fuerza contra otros hombres y otorgar un sentido a la creación positiva del dolor en el mundo. Estas concepciones legitimadas constituyen, adicionalmente, el fundamento de múltiples concepciones del Derecho penal contemporáneo».
En el año 428 a. C. la ciudad-estado de Mitilene se alzó contra los atenienses. Sofocaron éstos la rebelión y, en sus indignación y arrebato, decidieron no sólo matar a los prisioneros, sino también a los mitilenios mayores de edad y vender como esclavos a los niños y mujeres. Pero se arrepintieron de una tan precipitada actuación: después de dictada aquella sentencia, Cleón y Diódoto arengaron al pueblo ateniense, reunido en asamblea, sobre la justicia o la conveniencia de la decisión mortal adoptada contra los mitilenios.
Los discursos de Cleón y Diódoto -cuyo texto íntegro se reproduce en el apéndice a este trabajo- representan, respectivamente, una «actitud normativa» y una «actitud explicativa», que son, en opinión del autor, «dos tendencias generales observables en la conducta humana». La primera parte de la afirmación del libre albedrío y aspira, así, a la retribución por el daño causado cuando no exista

constancia de que el infractor no pudo actuar de otro modo. La segunda pretende explicar el comportamiento delictivo y asume que éste, como cualquier otro, se encuentra condicionado por hechos o circunstancias antecedentes. De este modo, el sujeto no pudo haber actuado de manera distinta y, por ello, «la conducta del sujeto titular de facultad punitiva tiene que variar sustancialmente, como aparece en el debate que analizamos».

(Antonio Doval Pais)

SERRANO, José Luis.

Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica.

Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 56, 1987, págs. 95-119.

Este texto se puede resumir en los siguientes puntos: 1. «Los principios rectores de la política social y económica, como concreción de la idea de Estado social del artículo 1, funcionan. Ello metodológicamente implica que sólo desde la pregunta por su función en el contexto jurídico y/o socioeconómico es posible tener claro cuál es el sentido y alcance de dichos principios.» 2. «Es exacto hablar de que esa función de los principios rectores de la política social y económica es "correctiva" en el sentido de que proporcionan al poder público una serie de instrumentos capaces de evitar que el costo social de los desequilibrios inherentes al sistema social capitalista sea demasiado alto. Pero (...) la completa subordinación de estos principios a una serie de necesidades de índole política hace que su función no necesariamente deba ser correctiva.» 3. «Los principios rectores de la política social y económica participan indudablemente de la condición jurídica de toda la Constitución», pero tienen carácter de normas jurídicas no independientes o de principios coactivos. 4. «La Constitución en su conjunto ha tenido entrada en el ordenamiento jurídico no sólo como pirámide de principios de éste, sino también como norma jurídica directamente aplicable a la resolución de conflictos. Los órganos constitucionalmente encargados de delimitar el alcance de la innovación que supuso la promulgación de la Constitución lo han hecho en el sentido del «nuevo modelo de Constitución». 5. «Si toda la Constitución tiene naturaleza de norma jurídica, entonces los criterios de división de materias entre los capítulos II y III del título I de la Constitución... obedecen necesariamente a criterios materiales, políticos, funcionales o, simplemente, a la ausencia de criterios.»

(Ángeles Ródenas Calatayud)

SERRANO GONZÁLEZ, A.

Michel Foucault. Sujeto, Derecho, poder.

Ed. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1987, 157 págs.

Concebido el Derecho como un complejo en el que operan instituciones y destinatarios considerados en un sentido amplio, el autor pretende en este libro «complicar en la medida de lo posible una visión cómoda que suelen tener los juristas del objeto de su atención», con la finalidad de descubrir la procedencia de los «propios juegos de la verdad jurídica», sirviéndose, para ello, de la metodología y el instrumental proporcionados por la obra de Foucault.
En el primer capítulo («La obra de Michel Foucault: una historia de la verdad»), se realiza una sintética exposición de las principales obras del filósofo francés, en las que se trata de encontrar los puntos principales de su preocupación intelectual en torno a los discursos del saber y del poder en relación con el Derecho.

En el segundo y tercer capítulos («Saber e Historia (I): el método» y «Saber e Historia (II): La nueva relevancia de las formas y prácticas jurídicas»), es expuesto el llamado «método arqueológico», que facilita el estudio de la distribución de lo verdadero y lo falso en el Derecho mediante la observación de una realidad, resultante de la conjunción de técnicas jurídicas, códigos morales y condiciones económicas, mediante la remisión a la genealogía de los circuitos de creación, alimentación y regeneración de un Derecho inserto en un entramado social.
Se ocupa, a continuación, en el capítulo cuarto («Los tipos de normatividad (I): la acción normalizadora»), de las manifestaciones o relaciones del poder -«los tipos de normatividad»-, refiriéndose, concretamente, a las ciencias del hombre -medicina, psiquiatría y psicología, particularmente- como creadoras de unos discursos del saber que habría aprovechado el Derecho como medio de legitimación de sus instituciones. El análisis se centra, partiendo de la obra de Foucault -fundamentalmente, de la *Historia de la locura*-, en el tema de la enajenación y se advierte la conexión existente entre el crimen y la locura, como paradigma de lo expuesto.
El capítulo quinto («los tipos de normatividad (II): la sociedad disciplinaria») recoge las consideraciones que la obra foucaultiana sugiere respecto a la práctica de la punición, donde el poder -de castigar- toma su máxima expresión. La cárcel, particularmente el Panóptico de Bentham, cumple la función disciplinaria de normalización y se presenta, desde el liberalismo, como el instrumento específico que gestiona y explota los ilegalismos que la ley penal distribuye según criterios de clase. Los ilegalismos de bienes, cometidos por las masas, son severamente reprimidos, a diferencia de los ilegalismos de derechos, cuya ejecución es más propia de los burgueses, generalmente tolerados o poco perseguidos.
Finalmente, el capítulo sexto («Del poder sin rey al poder pastoral») recoge unas reflexiones que inciden en la importancia de la obra de Foucault en cuanto que desvela un poder entendido como «administración de conductas que produce formas de subjetividad». Revelar éstas será dar con la verdad del Derecho.

(Antonio Doval Pais)

SORIANO, Ramón.

¿Es iusnaturalista la constitución española de 1978?

Revista de las Cortes Generales, Madrid, 1987, págs. 109-159.

El autor pretende en este artículo «precisar cómo y hasta dónde es admisible defender la presencia del iusnaturalismo en nuestra Ley Fundamental», asomarse «a la proyección del Derecho natural en las constituciones europeas de la postguerra», indagar «la opinión de los constituyentes, los magistrados constitucionales y los juristas españoles en torno a este tema, es decir, el parecer de las fuentes más autorizadas para interpretar la hipotética profesión iusnaturalista de nuestra Constitución» y, finalmente, exponer su «opinión al respecto en una interpretación lógico-conceptual y sistemática de los preceptos de la Constitución española».
Respecto a todo esto el autor concluye que «constituyentes, jueces y juristas han preferido obviar una respuesta concreta sobre el tema del iusnaturalismo constitucional; cuando en contadas ocasiones se

han visto obligados o han sentido la necesidad de pronunciarse sobre esta cuestión, han optado prudentemente por la constatación de una teoría de los valores o una ética material de los valores. No niegan la necesidad de una axiología o filosofía crítica de los preceptos de nuestra Constitución, pero rehuyen la opción por una interpretación expresamente iusnaturalista de la misma.

Quizá contribuya a aclarar esta posición -continúa el autor- la visión devaluada y cerrada que buena parte de los elaboradores e intérpretes de la Constitución presumiblemente tendrían del Derecho natural profesado en las Facultades de Derecho y demás centros docentes humanísticos: el Derecho natural escolástico católico, del que poco se separaban los fundamentos ideológicos del régimen de la dictadura. No cabe duda de que esta tradición docente debió de pesar significativamente en el ánimo de un número considerable de diputados y senadores; lo suficiente para soslayar la equiparación de los valores jurídicos constitucionales con cualquier especie de iusnaturalismo.

Por otra parte, una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales, y significativamente aquellos más ladeados hacia una profesión de fe iusnaturalista -artículos 1.1 y 2; 2; 10.1; 53.1; 103.1 de la Constitución-, admiten, a mi juicio, otras interpretaciones distintas a la propiamente iusnaturalista y más cercana a una teoría material de los valores, sin que este juicio prejuzgue de la falta absoluta de consistencia de las argumentaciones iusnaturalistas en este sentido, si el Derecho natural es concebido en una perspectiva abierta, como método epistemológico y valorativo de la realidad del ordenamiento jurídico, y no como una ontología jurídica supraconstitucional».

(Daniel González Lagier)

SORIANO, Ramón.

La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español.

Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 58, octubre-diciembre 1987, págs. 61-110.

El primer objetivo de este trabajo consiste en determinar conceptualmente la objeción de conciencia, distinguiéndola de otras figuras jurídicas afines (en especial de la desobediencia civil) y analizando sus caracteres y los criterios que, desde una perspectiva fundamentalmente jurídica, pueden justificar no sólo su admisibilidad, sino también su consideración como un verdadero derecho de los ciudadanos. En opinión del autor, estos criterios son, por un lado, «el carácter relativo... del principio de derecho contravenido por los actos del objetor» (este principio sería el de generalidad de la norma) y, por otro lado, el «juego de interrelaciones de derechos y deberes fundamentales en el seno de una sociedad y un ordenamiento constitucional democráticos»; este segundo argumento permite desplazar a un deber siempre que cumpla los siguientes requisitos: no ser un deber personalísimo y primario, admitir ser sustituido por otros deberes de semejante naturaleza y no afectar a bienes esenciales de la persona.

A partir de estos datos, el autor pasa a desarrollar su segundo objetivo, estudiar y enjuiciar la evolución de esta figura en la regulación jurídico-positiva española, centrándose fundamentalmente en la objeción de conciencia al servicio militar (única expresamente enunciada en la Constitución). El autor nos muestra como la objeción de conciencia era considerada, en el periodo pre-constitucional, como una conducta delictiva y reprochable. La Constitución de 1978 considera a la objeción como un derecho, pero lo regula de tal modo que parece tratarse de «una mera excepción de un deber fundamental, el deber de servir a la patria militarmente»; además, el lugar y la forma en que se constitucionaliza supone un obstáculo para su interpretación sistemática en el conjunto de los derechos y libertades de la persona; será la jurisprudencia constitucional la que lo defina como una manifestación de la libertad ideológica.

Las principales críticas que formula el autor a la vigente legislación sobre la objeción de conciencia (Ley de 26 de diciembre de 1984) se concretan en la «duración excesiva de la prestación del servicio social sustitutorio, parquedad en la regulación de la objeción sobrevenida, funciones fiscalizadoras del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia...»; en particular, las atribuciones de este Consejo para indagar la veracidad de los motivos aducidos por el objetor entrarían en contradicción con los artículos 16 (libertad ideológica y prohibición de obligar a declarar sobre la ideología...) y 18 de la Constitución (intimidad personal y familiar). Entre las valoraciones positivas de la ley se encuentran la inclusión de una lista abierta de motivaciones expresas; también destaca el autor la importancia de que, de un modo expreso, se haya recogido el motivo filosófico (caracterizado por su amplitud).

A continuación el autor analiza los argumentos que basaban el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo contra determinados aspectos de esta ley (que coinciden, en gran medida, con las críticas del autor) y, finalmente, estudia la labor que, a partir de la publicación de esta ley, ha realizado la jurisprudencia constitucional en cuanto a su interpretación.

(Isabel Lifante Vidal)

SORIANO, Ramón; HERRERA, Joaquín.

La sociología del Derecho española y los poderes públicos. Perspectivas de una futura y necesaria colaboración.

Anuario de Sociología y Psicología Jurídicas, Barcelona, núm. 13, 1987, págs. 43-64.

«Las páginas que siguen a continuación -explican los autores en la presentación de su artículo- son producto de la decepción provocada por la situación de la sociología del Derecho en los planes de estudios de las Universidades españolas.» «El panorama no puede ser más desolador, si se parte de la convicción de la necesidad de la sociología del Derecho como especialidad en la que se articula la valoración crítica de las ciencias del Derecho, la comprobación empírica de la virtualidad de las normas e instituciones jurídicas, y la orientación de la actividad desplegada por los poderes públicos en el proceso de la creación y la aplicación del Derecho».
En este sentido, el presente artículo intenta destacar el valor de los estudios sociológico-jurídicos, pretendiendo ser un manifiesto programático de la sociología del Derecho. Así, los autores se ocupan de las siguientes cuestiones:
1. Las ventajas del método empírico-sociológico frente al teórico-formal: mayor *abarcabilidad* del estado de las cuestiones planteadas, la *pormenorización* jerarquizada de los estados de opinión, la proporción de *puntos de referencia y contraste* respecto de datos obtenidos en un momento anterior o posterior, y la *verificación de las tesis teóricas*.
2. La caracterización de la sociología del Derecho (frente a sus críticos) como ciencia jurídica *no paradigmática* (por su juventud, sobre todo en la investigación empírica, lo cual no la convierte en un saber a-científico), *autónoma* (respecto de la dogmática jurídica, por adoptar aquélla una perspectiva externa, y respecto de la sociología general, pues la peculiaridad del elemento jurídico delimita un campo temático propio y al menos una forma particular de utilizar de los métodos sociológicos), y *necesaria* (como disciplina «desmitificadora de los sistemas de legitimidad históricos y críticamente valoradora del significado y alcance de los sistemas de legalidad en los distintos períodos históricos», que permitiría abordar mejor la crisis de la justicia frente a las limitaciones del positivismo formalista y del iusnaturalismo abstracto, ambos alejados de la realidad social).
3. La precaria situación de la sociología del Derecho en España y las razones de su marginación: el escaso desarrollo en España de las ciencias experimentales en general, y la marginación de la sociología jurídica de los planes de estudios por sus «potencialidades subvertidoras» frente a la ciencia jurídica dominante.
4. Los campos de investigación de una sociología del Derecho española en la actualidad: auspiciando la colaboración entre los sociólogos del Derecho y los poderes públicos en el proceso de creación y aplicación del Derecho, los autores presentan aquí un programa con los siguientes temas: *legalidad normativa-legitimidad social* (conocimiento sociológico de sus conexiones y desajustes, orientado al cambio legislativo); *cambio legislativo y transformación de los órdenes normativos* (detectar los criterios sociales que exigen la normatización o desnormatización jurídica); *cambio legislativo y naturaleza cualitativa-cuantitativa del sector social regulado* (la legislación distributiva de bienes ha de servirse de estudios sociológico-jurídicos para deslindar los grupos sociales

beneficiados/recargados y para determinar el grado de beneficio/carga de cada uno); *cambio legislativo-reglamentario y período de adaptación de nuevas normas* (estudios a partir de experiencias-piloto previas a la introducción de reformas jurídicas); *cambio legislativo y eficacia de las normas* (detectar las causas de la posible ineficacia de normas ya vigentes); *aplicación del Derecho y operadores jurídicos* (examen de la función y problemas que encuentran jueces y abogados al aplicar el Derecho).
5. La deseable ubicación de la sociología de Derecho española en los planes de estudios: «dado el predominio que en esta asignatura tiene el elemento jurídico», su «lugar insoslayable» sería, según los autores, la Facultad de Derecho (desglosada entre el primer y el quinto curso), siendo también «conveniente» en los centros más conectados con los problemas jurídicos (Ciencias Sociales, Políticas, Económicas, Graduados Sociales...).

(Juan Antonio Pérez Lledó)

SQUELLA, Agustín.

Democracia e igualdad en América Latina.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 367-379.

Dada la actual realidad de América del Sur se cuestiona en este artículo la posibilidad de que la democracia, entendida como el procedimiento que conduce a la toma de unas determinadas decisiones acordes a un proyecto de gobierno aprobado por la mayoría de un pueblo desde la libertad que es inherente a este sistema, pueda atenuar las desigualdades y la crisis económica imperantes hoy en Iberoamérica.
Tras señalar las relaciones entre democracia y libertad, por una parte, y, por otra, democracia e igualdad, concluye el autor que es factible y necesario caminar desde la libertad democrática hacia modalidades más igualitarias de convivencia, salvando y superando las tesis que sostienen la irreconciliabilidad entre los principios de libertad e igualdad. A través del ejercicio de la libertad, inspiradora y límite del gobierno de las mayorías que es toda democracia, se debe luchar por la atenuación de las desigualdades existentes en estas colectividades, que demandan urgentemente un sistema de gobierno tendente a una salida digna dentro de los cauces de libertad e igualdad esenciales al hombre.

(Angélica Such)

TORRES LÓPEZ, Juan.

Análisis económico del Derecho.

Ed. Tecnos, Madrid, 1987, 108 págs.

«En las páginas que siguen -comenta el autor- se encontrará el lector con lo que pretende ser una visión panorámica del estado doctrinal actual del análisis económico del Derecho, de sus planteamientos, de su alcance epistemológico y de algunos de sus resultados. Y en la medida en que se trata de ofrecer una visión general de un cuerpo de conocimientos novedoso, lo más sintética y resumida posible, he preferido optar por una presentación del trabajo donde prime la máxima divulgación de los contenidos del análisis económico del Derecho aun a costa de renunciar en la mayoría de los casos a profundizar sobre los componentes analíticos del mismo.»
«He optado por estructurar el libro -continúa- en tres grandes contenidos. El primero de ellos se corresponde con el capítulo I, y en él se sintetizan las fases teórico-doctrinales que han sido necesarias para conformar el panorama actual del análisis económico del Derecho. Trato en este capítulo de reflejar los diferentes momentos que culminan en su auténtica formación epistemológica.
El segundo gran contenido, correspondiente al capítulo II, hace referencia al intento de presentar coherentemente y como un todo los propios presupuestos teóricos y metodológicos de la disciplina, generalmente dispersos, como digo, en toda la literatura.
Por último, y sobre la base de los diversos desarrollos efectuados de dichos presupuestos, los capítulos III y IV sistematizan las diversas concepciones apreciables actualmente en el análisis económico del Derecho.
En el capítulo III se recogen los componentes esenciales de la corriente actualmente mayoritaria y que se nuclea en torno a la lectura más literal del paradigma neoclásico, tomando como sistema de decisión al mercado y a la eficiencia como objetivo principal y único de la actividad económica y de la asignación de recursos.
El capítulo IV, por último, está dedicado a sistematizar las aportaciones doctrinales cuyos fundamentos resultan opuestos o críticos respecto de la corriente mayoritaria o eficientista.»

(Daniel González Lagier)

VERNENGO, Roberto J.

Relativismo ético y justificaciones morales.

Doxa, Alicante, núm. 4, 1987, págs. 247-255.

Este artículo constituye una réplica a las afirmaciones vertidas por Ernesto Garzón en torno a la fundamentación de toda acción política en principios morales. Para ello, en primer lugar, se denuncia la imposibilidad del positivismo ideológico para justificar moralmente, mediante la invocación de las normas, las acciones que se realizan de acuerdo con ellas. A partir de aquí, el autor sostiene que son

principios morales «las razones últimas de justificación de las acciones». El siguiente paso en este discurso parte de las críticas al relativismo ético contenidas en un estudio de Hedenius para concluir en una necesaria depuración del concepto de relativismo ético o axiológico como principio metaético que reviste distintas formas. La conclusión de todo ello es clara, en palabras de Vernengo: «La actitud reciente de muchos pensadores (...), en que aparece un repudio ante el relativismo axiológico y la pretensión de buscar razones últimas, fundamentos últimos para los conjuntos de normas sociales positivas -fundamentos que se buscan en supuestos hechos morales o en principios que aspiran a ser instancia final de justificación de las acciones- constituyen manifestaciones de aquel nihilismo que Nietzsche apuntara (...). La racionalidad se identifica con el nihilismo, en cuanto la verdad es vista como un mero valor».

(Ángeles Ródenas Calatayud)

VILAJOSANA, RUBIO, Josep. M.

El aparato conceptual de C. B. Macpherson: Poder y propiedad.

Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, núm. 4 (Nueva Época), 1987, págs. 449-475.

Para el autor los conceptos de «poder» y «propiedad» son «las categorías fundamentales del aparato conceptual utilizado por Macpherson». Este artículo se divide en dos apartados que tratan de analizar, respectivamente, los conceptos de «poder» y «propiedad» en el pensamiento del que fue profesor de Ciencias Políticas en la Universidad de Toronto.

En el primero de estos apartados -*El concepto de poder*-, tras advertir que el término *power* aparece en los escrito de este autor con distintos usos semánticos y señalar algunos de ellos, se trata acerca de la dimensión ética en la discusión sobre el poder. En este sentido, Macpherson sostiene que la democracia liberal es un sistema doble de poder, porque añade a la posibilidad del ejercicio de la coerción por parte del Estado el mantenimiento de unas relaciones entre individuos y grupos sociales que son verdaderas relaciones de poder. Macpherson llama relaciones de poder a aquellas relaciones en las que se produce una «cesión de poder», es decir, a aquéllas en las que se produce una enajenación de la energía y de las capacidades de unos en beneficio de otros. En toda la argumentación de este autor se advierte una noción subyacente de libertad como la posibilidad de desarrollo de las capacidades y las potencialidades humanas mediante un fin consciente, por lo que, si tomamos esta noción de libertad como postulado inicial, la situación que genera el sistema de la democracia liberal es ilógica, además de ser injusta.

Se aborda también en este primer apartado el aspecto cuantitativo del poder. Se trata de cuantificar el poder de un hombre -y la cesión de poder-, lo que según Macpherson puede hacerse en términos de ausencia de impedimentos: en concreto estos impedimentos serían: falta de medios de vida, carencia de medios de trabajo (medios de producción) y ausencia de protección contra la invasión de otros. Esto hay que ponerlo en relación con la opinión de este autor de que la finalidad de una teoría democrática actual debe ser maximizar los «poderes humanos».

Otro aspecto tratado es «el pretendido marxismo de C. B. Macpherson. El autor de este artículo sostiene que aunque existen, en efecto, puntos de conexión entre el marxismo y el pensamiento y el

método de Macpherson, existen también otros muchos puntos que pueden ser considerados claves en la tradición marxista que no se hallan en sus escritos. Prefiere, por tanto, considerar a este profesor como «un pensador liberal crítico con su tradición». Uno de estos puntos divergentes es el modo como se debe producir el paso de la sociedad actual a una sociedad igualitaria. Para Macpherson hay que partir de las instituciones presentes y de la ideología que las sustenta; se trata de hacer desaparecer el «poder extractivo» de una sociedad maximizando las capacidades de desarrollo de las personas, lo que según este autor puede hacerse a través de su igualación en los accesos a los medios de vida y de trabajo.

El segundo de los apartados de este artículo *(El derecho de propiedad)* recoge la teoría política de la propiedad de Macpherson, destacando los cambios que, según este autor, ha experimentado el concepto de propiedad, que se contempla desde mediados del siglo XX más como un rédito, como un derecho a obtener un ingreso, que como un derecho sobre cosas materiales. Esta concepción del derecho de propiedad puede favorecer la visión de la propiedad como «el derecho de acceso a los medios de producción existentes, es decir, a algunos de los recursos productivos acumulados por el conjunto de la sociedad». Pero Macpherson va más allá y amplía el concepto de propiedad hasta incluir, en palabras suyas, «el derecho a una parte del poder político e, incluso, un derecho a un tipo de sociedad o conjunto de relaciones de poder que posibilita al individuo vivir una vida plenamente humana».

El artículo termina con algunas apreciaciones críticas y conclusiones sugeridas por la teoría política de este autor.

(Daniel González Lagier)

ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio.

Tres visiones sobre el Estado de bienestar.

Sistema, Madrid, núms. 80-81, noviembre 1987, págs. 23-37.

En la introducción, que es a la vez síntesis de todo el artículo, su autor escribe: «El siglo XX, en especial tras la segunda guerra mundial, ha visto cómo conservadores, liberales y socialistas compartían, en sus líneas básicas, una idéntica estrategia frente al paro, la falta de viviendas, la inseguridad que provoca la vejez, la ignorancia y la enfermedad. Las tres orientaciones ideológicas más importantes de nuestro siglo llegaron a la conclusión de que el David que mejor podía vencer a este Goliat de cinco cabezas era un orden social basado en la democracia, por un lado, y en una combinación proporcionada, por otro, de mercado y Estado, de lo público y lo privado. Estaban, pues, entonces de acuerdo -pese a que hoy algunos de ellos no lo recuerden, o no lo sepan, o simplemente renieguen de ello- en consolidar el denominado Estado de Bienestar.
Ello no quiere decir que compartieran razones y objetivos. Desde el punto de vista teórico y estratégico, el Estado de Bienestar era considerado, por unos y otros, al mismo tiempo como:
-Un engranaje necesario para el buen funcionamiento del sistema.
-Una fase superior en el desarrollo de la idea de ciudadanía.
-Un valioso instrumento de redistribución de la riqueza, de obtener mayor igualdad.
Seguridad, *libertad* e *igualdad* fueron los objetivos que perseguían conservadores, liberales y socialistas y que constituyeron el núcleo axiológico del llamado (R. Dahrendorf) "consenso socialdemócrata", base del Estado de Bienestar.»
El artículo realiza un breve recorrido a través del «peculiar y curiosamente convergente camino hacia el *Welfare State* de unos y otros».
«Yo me inclino a pensar -concluye el autor, después de analizar las "respuestas" conservadora, liberal y socialista y ver "cómo ha sido posible una convergencia tan feliz"- que fue la *astucia de la razón* la que, por caminos insospechados, condujo a conservadores, liberales y socialistas a formular el gran contrato social del siglo XX: un orden social, económico y político, comúnmente conocido como Estado de Bienestar, que ha dado a Europa las más altas cotas históricas de seguridad, libertad e igualdad.
Parece que el consenso se halla hoy roto y amenaza el futuro del Estado de Bienestar. Hasta qué punto es cierta y, en su caso, definitiva dicha ruptura no está claro. Como tampoco está tan claro el orden social alternativo que pudiera, en su caso, alcanzar similares y/o mayores cotas de progreso. Nuevamente habrá que confiar en que la astucia de la razón se abra camino entre tanto ruido y alumbre un *nuevo pacto social* que garantice aquello que constituye el objetivo último de las políticas de bienestar: la libertad y la igualdad para todos.»

(Juan Antonio Pérez Lledó)

ZULETA PUCEIRO, Enrique.

Teoría del Derecho. Una introducción crítica.

Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, 164 págs.

Este libro se compone de seis capítulos que conforman un conjunto «de enfoques parciales, de conclusiones y balances provisorios, que buscan la forma cristalizada del libro al sólo efecto de contar con una base desde la cual trabajar con un poco más de firmeza».

El primero de estos capítulos *(La teoría del Derecho como problema)* aborda, en primer lugar, la visión de la filosofía del Derecho como concepto histórico que, como tal, aparece vinculada a «una estructura histórica y cultural determinada» y refleja los cambios que se han producido en ella desde finales del siglo XVIII y principios del XX. A continuación relaciona la filosofía del Derecho con la teoría general del Derecho, entendiendo que «las diferencias (de la teoría general del Derecho) con la filosofía del Derecho son, sin embargo, no sustanciales, y prueba de ello es el hecho de que buena parte de la abundante literatura reciente, sobre la asignatura, transita caminos paralelos alternativamente situados entre teoría general del Derecho y filosofía del Derecho». Por último comenta la posibilidad y las dificultades con las que tropieza «el empeño por una *Big Theory* en el ámbito del Derecho, ya sea bajo la forma tradicional de la filosofía del Derecho, o bien bajo la aparentemente más rigurosa estructura de la teoría general del Derecho, acuñada por el positivismo -tanto en sus variantes realistas como analíticas-».

El capítulo II *(Teoría jurídica y nueva filosofía de la ciencia)* trata los interrogantes planteados por la proyección al campo del Derecho de los nuevos enfoques sugeridos por la filosofía de la ciencia y las perspectivas que ésta ofrece. Para ello se centra en la cuestión del progreso científico en relación con la teoría del Derecho (tomando como concepto esencial para este enfoque la noción de paradigma, expresión que alude a los marcos dominantes o estilos de pensamiento que predominan y otorgan unidad a una disciplina consolidada) y en la consideración de la teoría del Derecho como saber multiparadigmático.

El capítulo III *(Teoría crítica e ideología)* se ocupa de algunas corrientes críticas dentro de la teoría jurídica contemporánea, realizando una sumaria esquematización de algunos de sus contenidos y aventurando «un análisis de las líneas de confluencia posible con orientaciones críticas nacidas ya no del ámbito de la crítica ideológica jurídica, sino del eco en el ámbito jurídico de las transformaciones experimentadas por la epistemología y la filosofía de la ciencia también a partir de los años 70».

El capítulo IV es un replanteamiento de las relaciones entre justicia, equidad y seguridad jurídica «en el contexto de las transformaciones actuales del Derecho», prestando una atención especial al problema de la decisión judicial, que «debe trascender el nivel del control procedimental y asumir la compleja problemática filosófico-política y práctica de la igualdad».

El capítulo V *(Fuentes del Derecho)* estudia la evolución de la noción de «fuentes del Derecho» en el modelo del Derecho común, en la codificación y en los actuales fenómenos de la legislación, es decir, en lo que el autor llama el modelo de la decodificación, observando «hasta qué punto la tradición romanista ofrece una línea evolutiva dentro de la cual es dable advertir modelos normativos y teorías de las fuentes distintos y aún opuestos».

Por último, el capítulo VI *(Derecho y orden social)* analiza los cambios en el Derecho producidos por el Estado social y la crisis de legitimación.

(Daniel González Lagier)